Die Scheidungskonvention nach schweizerischem Privatrecht

Inauguraldissertation

zur Erlangung der Würde eines Doctor iuris utriusque
an der hohen juristischen Fakultät der Universität Bern

vorgelegt von

Emilie Hartmann
von Erlach (Bern)

Verlag Paul Haupt, Bern, 1943

Die Scheidungskonvention nach schweizerischem Privatrecht

Inauguraldissertation

zur Erlangung der Würde eines Doctor iuris utriusque
an der hohen juristischen Fakultät der Universität Bern

vorgelegt von

Emilie Hartmann
von Erlach (Bern)

Verlag Paul Haupt, Bern, 1943

Die Fakultät hat diese Arbeit am 17. Juni 1943 auf Antrag von Prof. Dr. T. Guhl als Dissertation angenommen, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Auffassungen Stellung nehmen zu wollen.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Printed in Switzerland

Buchdruckerei F. Graf-Lehmann, Bern

Inhaltsangabe

Seite

§ 1. Einleitung 7

Erster Teil.

Die verschiedenen Konventionen.

Erster Abschnitt: Einleitende Bemerkungen.

§ 2. Definition und rechtliche Natur der Scheidungskonvention . . 9
I. Definition 9
II. Rechtliche Natur 11
§ 3. Die Scheidungskonvention nach Art. 158, Z. 5, ZGB. Begriff der Nebenfolgen 14

Zweiter Abschnitt: Gültige Konventionen.

§ 4. Vereinbarungen über die vermögensrechtlichen Leistungen (Art. 151 bis 153 ZGB) 17
I. Die Entschädigung 17
II. Die Genugtuung 18
III. Der Unterhaltsbeitrag 20
IV. Die Rente 22
§ 5. Vereinbarungen über die güterrechtliche Auseinandersetzung . 22
§ 6. Vereinbarungen über die Kinderrechte 23
§ 7. Vereinbarungen über die Kosten der Scheidung 28
§ 8. Vereinbarungen über die vorsorglichen Massnahmen . . . 29

Dritter Abschnitt: Ungültige Konventionen.

§ 9. Allgemeine Ungültigkeitsgründe 30
§ 10. Vereinbarungen über die Scheidung und über das Scheidungsverfahren 32
I. Vereinbarungen über die Scheidung 32
II. Vereinbarungen über das Scheidungsverfahren . . . 32
§ 11. Vereinbarungen über den Namen der geschiedenen Frau . . 34
§ 12. Vereinbarungen über die Wartefrist 36

Zweiter Teil.

Die richterliche Genehmigung.

§ 13. Die Zuständigkeit des Richters 37
§ 14. Die Prüfung des Richters 37

Seite

§ 15. Die Natur der richterlichen Genehmigung 40
§ 16. Die Genehmigung nachträglicher Konventionen und die Genehmigung im Scheidungsverfahren nicht vorgelegter Konventionen . 45
I. Die Gerichtspraxis . . . . . .
II. Das Problem:
1. Nachträgliche Konventionen 46
a) Konventionen über ungeregelte Nebenfolgen . . 46
b) Konventionen zur Abänderung geregelter Nebenfolgen 48
2. Vergessene Konventionen . . . . . .
§ 17. Die Rechtswirksamkeit der Konvention vor der richterlichen Genehmigung 50

Dritter Teil.

Die Abänderung und die Anfechtung der Scheidungskonvention.

§ 18. Allgemeines 52
§ 19. Die Zuständigkeit bei den Abänderungsverfahren der Art. 153 und 157 ZGB 54
I. Die Zuständigkeit zur Abänderung der Unterhaltsrente . 54
II. Die Zuständigkeit zur Abänderung der Kinderrechte . 54
a) die sachliche Zuständigkeit 54
b) die örtliche Zuständigkeit 55
§ 20. Die Abänderung der Leistungen unter den Ehegatten und der Kinderrechte 57
I. Die Abänderung der Leistungen 57
a) die Entschädigung und die Genugtuung . . . 57
b) Der Unterhaltsbeitrag 57
II. Die Abänderung der Kinderrechte 59
§ 21. Die Anfechtung der Scheidungskonvention 59

Anhang.

Die Vollstreckung der Scheidungskonvention 63

Literatur

Bänninger, Martha, Verträge zwischen Ehegatten über die personenrechtlichen Wirkungen der Ehe. Diss. iur. Zürich, 1922.

Becker, H., Obligationenrecht (Bd. VI des Kommentars zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, herausgegeben von Gmür), Bern 1913.

Blocher, E., Ueber die vermögensrechtliche Auseinandersetzung bei der Ehescheidung. (In der Zeitschrift für schweizerisches Recht, N. F. 36, S. 246 ff).

Brandenberger, E., Die vermögensrechtlichen Folgen der Ehescheidung, Diss. iur. Zürich 1933.

Comment, A., Les actions du droit de famille suisse non expressément prévues. (In der Zeitschrift des bernischen Juristenvereins, 71, S. 534 ff.).

Curti-Forrer, Schweizerisches Zivilgesetzbuch mit Erläuterungen. Zürich 1911.

Danegger, K., Die Interpretation von Art. 157 ZGB. (In der Zeitschrift des bernischen Juristenvereins, 57, S. 297.)

Egger, A., Einleitung zum Personenrecht. (I. Bd. des Kommentars zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, herausgegeben von Egger u. a.), 1. Auflage, Zürich 1911.

— Familienrecht. (II. Bd. des zit. Kommentars), 1. Auflage, Zürich 1914, 2. Auflage, Zürich 1930.

Etter, A., Die vorsorglichen Massregeln im Ehescheidungs- und Ehetrennungsprozess nach Art. 145 ZGB. Diss. iur. Zürich 1933.

Fritzsche, H., Zwei Jahre Zivilgesetzbuch. Zürich 1915.

Ganz, E., Die Nebenfolgen der Ehescheidung im internationalen Privatrecht. Diss. iur. Zürich 1921.

Gisi, M., Verhandlungs- und Offizialmaxime im Eheprozessrecht. (In der Zeitschrift für schweizerisches Recht n. F. 32, S. 419 ff.)

Gmür, M., Familienrecht, 1. Abt. (das Eherecht), Bd. II, 1. des Kommentars zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, von Gmür, 2. Auflage, Bern 1923.

Gross, A., De l'éxécution des obligations non pécuniaires. Diss. iur. Lausanne 1934.

Guhl, T., Das schweizerische Obligationenrecht, Bd. 1, 2. Auflage, Zürich 1936.

Hauser, E., Die Wahrung der Kinderinteressen im Ehescheidungsprozess. (In der schweizerischen Juristenzeitung 35, S. 257 ff.)

Hefti, H., Die vormundschaftliche Amtsführung nach dem schweizerischen Zivilgesetzbuch. Diss. iur. Bern 1916.

Henrici, H., Ehevertrag und Erbvertrag. (In der Zeitschrift für schweizerisches Recht n. F. 33, S. 1 ff., 131 ff., 249.)

Huber, E., Schweizerisches ZGB. Erläuterungen zum Vorentwurf des eidg. Justiz- und Polizeidepartementes, 2. Ausgabe, Bern 1914.

Jaeger, C., Das Bundesgesetz betreffend Schuldbetreibung und Konkurs. 3. Auflage, Zürich 1912.
— Schuldbetreibungs- und Konkurspraxis der Jahre 1920 bis 1926. Zürich 1930.
Landolt, Alice, Der Einfluss der Ehescheidung auf das Verhältnis zwischen Eltern und Kindern im schweizerischen Recht. Diss. iur Zürich 1925.
Leuch, G., Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern. 2. Auflage. Bern 1937.
Matti, H., Zivilprozessrecht. (Sonderausgabe der „Handelshochschule", Zürich 1937.)
Michel, Dora, Die Abänderung des Ehescheidungsurteiles nach Art. 157 ZGB. Diss. iur. Zürich 1939.
Picot, A., La jurisprudence en matière de divorce et de séparation de corps sous le régime du code civil suisse. (In der Zeitschrift für schweizerisches Recht n. F. 48, S. 91 a. ff.)
Rossel, V. et Mentha, F. H., Manuel du droit civil suisse. 2ème édition. Lausanne 1922.
Roth, F., Die Zerrüttung der Ehe, kritisch betrachtet als Rechtsproblem der Zeit. Bern 1936.
Runge, O. S., Scheidungsverträge nach bürgerlichem Recht. Berlin 1927.
Schultz, H., Der gerichtliche Vergleich unter besonderer Berücksichtigung des Gesetzes betreffend die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern vom 7. Juli 1918. Diss. iur Bern 1939.
Seeger, H., Die Rechtsprechung in Ehescheidungs- und Trennungssachen nach dem ZGB. (In der Zeitschrift für schweizerisches Recht n. F. 48, S. 105 a. ff.)
Stauffer, W., Der Ehescheidungsgerichtsstand in der Schweiz. Diss. iur. Bern 1922.
Weil, B., Das Wesen des familienrechtlichen Vertrages. Diss. iur. Zürich 1934 .
Weiss, G., Sammlung eidgenössischer und kantonaler Entscheidungen zum ZGB und zum OR, 1. Auflage, Zürich 1925, 2. Auflage 1938.
Willwoll, J., Die Nebenfolgen der Scheidung nach schweizerischem Recht. Diss. iur. Bern 1902.
v. Wyss, Zum Verfahren betreffend die Abänderung von Scheidungs- und Vaterschaftsurteilen. (In der schweizerischen Juristenzeitung 14, S. 68 ff.)
Zumbühl, R., Die Appellation im Rechtsmittelsystem der bernischen Zivilprozessordnung. Diss. iur. Bern 1927.

Blätter für zürcherische Rechtssprechung. Zit. BIZR.
Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichtes, amtliche Sammlung. Zit. BGE.
Schweizerische Juristenzeitung. Zit. SJZ.
Zeitschrift des bernischen Juristenvereins. Zit. ZBJV.
Zeitschrift für schweizerisches Recht, neue Folge. Zit. ZSR n. F.

Die Scheidungskonvention nach schweizerischem Privatrecht

§ 1. Einleitung

Den Hauptgegenstand des Scheidungsverfahrens bildet ja die Scheidung selbst. Es liegt in der Hauptaufgabe des Richters, darüber zu entscheiden, ob die von den Ehegatten angerufenen Scheidungsgründe geltend gemacht werden können oder nicht. Hat er dann auf Scheidung erkannt, so bleibt ihm als Neben-, aber doch wichtige Aufgabe, alle Konsequenzen, welche die Scheidung mit sich bringt, zu regeln. Währenddem im Hauptverfahren ein Vertrag der Ehegatten über die Scheidungsgründe von vorneherein als ungültig betrachtet wird, vom Richter also zurückzuweisen ist (falls er ihm unterbreitet wird), so kann ein solcher über die Nebenfolgen der Scheidung dem Richter von beträchtlicher Hilfe sein, insoweit die darin geregelten Nebenfolgen nicht von Gesetzes wegen ausschliesslich der richterlichen Beurteilung, sondern der Verhandlungsmaxime unterstehen.

Seit dem Inkrafttreten des Zivilgesetzbuches dehnt sich der Gebrauch, Scheidungskonventionen abzuschliessen, immer mehr aus, und spielt in der Rechtsentwicklung eine wichtige Rolle; denn es lässt sich nicht verkennen, dass für die Ehegatten oft ein dringendes Bedürfnis besteht, gewisse Fragen selber zu lösen, und sie nicht einfach der richterlichen Entscheidung zu überlassen.

Vom Gesetz sind die Scheidungskonventionen nur insoweit geregelt, als Art. 158, Ziff. 5, ZGB, zu ihrer Rechtsgültigkeit die richterliche Genehmigung verlangt. Alle anderen Fragen (z. B. die des Inhaltes der Scheidungskonvention, oder die der Behandlung nachträglicher Konventionen) liegen in der Beur-

teilung der Gerichte. Aus den zahlreichen Entscheidungen, welche die Rechtssprechung, sowohl der kantonalen Gerichte als des Bundesgerichtes, uns bietet, werden wir versuchen, die massgebenden Gesichtspunkte herauszuarbeiten, dann soweit als möglich zu jeder Frage selbständig Stellung zu nehmen, ohne jedoch Anspruch auf endgültige Lösung erheben zu wollen. Denn, da das Urteil meistens nicht auf festen juristischen Grundsätzen beruht, sondern auf dem richterlichen Ermessen, also auf der persönlichen Auffassung des jeweilig urteilenden Richters, bleibt die endgültige Lösung in jedem einzelnen Falle dem Richter überlassen.

Erster Teil:
Die verschiedenen Konventionen

1. Abschnitt
Einleitende Bemerkungen

§ 2. Definition und rechtliche Natur der Scheidungskonvention

I. Definition.

Der Ausdruck „Scheidungskonvention" ist im schweizerischen Zivilgesetzbuch nirgends expressis verbis erwähnt, wird aber von der Rechtssprechung und von der Wissenschaft häufig angewendet. Er dient in allen Fällen dazu, die in Art. 158, Ziff. 5, ZGB, vorgesehenen „Vereinbarungen der Ehegatten über die Nebenfolgen der Scheidung" zu umfassen. Dementsprechend ist die Scheidungskonvention ein formeller Vertrag der Ehegatten, in welchem sie, hinsichtlich der Scheidung, gewisse Nebenfolgen derselben regeln.

a) Die Scheidungskonvention ist ein Vertrag, ein zweiseitiges Rechtsgeschäft. Zum Abschluss eines Vertrages ist gemäss Art. 1 OR die übereinstimmende gegenseitige Willensäusserung der Parteien erforderlich. Verträge kommen in allen Gebieten des Privatrechtes vor und sind zulässig, sobald sie einen erlaubten Zweck verfolgen. Die vor Eingehung der Scheidung vereinbarte Konvention gehört dementsprechend zu den privatrechtlichen Verträgen des Familienrechtes, insofern sie eine von Gesetzes wegen der freien Dispositon der Parteien unterstellte Nebenfolge der Scheidung betrifft, und insofern die gegenseitegen Willensäusserungen übereinstimmen.

b) Parteien der Scheidungskonvention sind die Ehegatten. Eine Scheidungskonvention, deren Rechtssubjekte der eine Ehegatte

und ein Dritter wären, ist nur dann zulässig, wenn die Drittperson als Vormund des andern Ehegatten amtet.[1]) Schliesst sonst eine Drittperson eine Vereinbarung mit dem einen Ehegatten, etwa in dem Sinne, dass sie ihm eine Entschädigung nach Art. 151, Abs. 1, ZGB, verspricht, um ihn zur Einwilligung in die Scheidung zu veranlassen,[2]) so ist der Vertrag unsittlich und gemäss Art. 20, Abs. 1 OR, nichtig. Betrifft die Scheidungskonvention die Kinderrechte, so darf die Vormundschaftsbehörde nie Partei sein, sondern nur als Beraterin beim Abschluss des Vertrages mitwirken.[3])

c) Der Inhalt der Scheidungskonvention ist immer die Regelung gewisser Nebenfolgen der Scheidung. Zur Darstellung der der Parteidisposition unterstehenden Nebenfolgen verweisen wir auf den nächsten Paragraphen. Die Scheidungskonvention braucht nicht alle Nebenfolgen zu umfassen. Erstreckt sie sich nur auf die eine oder andere Nebenfolge, so wird der Richter die Regelung der übrigen Nebenfolgen im Urteil vornehmen. Es ist nicht jede willkürliche Regelung zulässig; sie soll vielmehr gesetzmässig und angemessen sein.[4])

d) Die Scheidungskonvention wird „hinsichtlich der Scheidung" abgeschlossen, d. h. das Scheidungsverfahren braucht noch nicht im Gange zu sein, die Scheidungsklage braucht noch nicht beim Richter angebracht zu sein. Es genügt, wenn die Scheidung voraussehbar ist. Die Ehegatten werden auch kaum daran denken, eine Scheidungskonvention abzuschliessen, wenn unter ihnen von einer möglichen Scheidung noch gar keine Rede ist.

e) Formvorschrift ist die richterliche Genehmigung. Sie ist Konstitutiverfordernis: ohne sie besteht die Scheidungskonvention nicht zurecht. Sie dient sowohl dem Schutze beider Parteien (z. B. zur Vermeidung einer unbilligen güterrechtlichen Auseinandersetzung infolge Unkenntnis in vermögensrechtlichen Sachen) als auch dem Schutze der einzelnen Parteien (um etwa jeden Missbrauch der Beeinflussung des einen Ehegatten auf den anderen möglichst unwirksam zu machen) als aber auch

[1]) Vgl. § 4. III.
[2]) Vgl. Weiss, 2. Auflage, Nr. 1482.
[3]) Vgl. § 6 a. E.
[4]) S. § 10 unten.

dem Schutze der von der Scheidungskonvention betroffenen Subjekte (was bei allen Vereinbarungen über die Kinderfragen zutrifft).[5])

II. Rechtliche Natur.

Es erhebt sich nun die Frage, ob die Scheidungskonvention trotz des richterlichen Eingreifens und trotz der ausdrücklichen Genehmigung im Urteilsdispositiv ein privatrechtlicher Vertrag bleibe, oder ob sie dadurch prozessuale Natur bekomme. Diese Frage soll nicht nur theoretisch unser Interesse erregen, sondern ihre Lösung spielt praktisch eine wichtige Rolle, indem z. B. bei der Anfechtung einer gerichtlich genehmigten Scheidungskonvention entweder die prozessualen und die privatrechtlichen Anfechtungsgründe angerufen werden können, oder nur die ersteren.[6])

Die vom Art. 158, Ziff. 5, ZGB, verlangte Genehmigung des Richters bedeutet keinen wesentlichen Eingriff in die Privatsphäre der Ehegatten; denn massgebend zum Abschluss der Konvention bleibt der Wille der Parteien, nicht die „rechtsauffindende Tätigkeit“[7]) des Richters. Die richterliche Genehmigung hat vielmehr die Bedeutung einer Rechtsbedingung, d. h. einer solchen Bedingung, welche nach gesetzlicher Vorschrift die Voraussetzung zur Rechtsgültigkeit des Geschäftes bildet[8]), ähnlich wie die in Art .177 ZGB verlangte Genehmigung der Vormundschaftsbehörde für Rechtsgeschäfte unter den Ehegatten über das eingebrachte Gut der Ehefrau oder das Gemeinschaftsgut, oder für Verpflichtungen der Ehefrau Dritten gegenüber zugunsten des Ehemannes, ähnlich auch der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters zu den vom Unmündigen abgeschlossenen Verträgen gemäss Art. 280 und 281 ZGB.

Die ausdrückliche Genehmigung im Urteilsdispositiv, ja sogar die Aufnahme des Inhaltes der Scheidungskonvention[9]) genügen nicht, um der Scheidungskonvention ihre privatrechtliche Natur zu entziehen; denn, wie der Appellationshof des Kantons Bern

[5]) Ueber die rechtliche Natur der richterlichen Genehmigung, s. II.
[6]) S. § 21 unten.
[7]) Vgl. SJZ 20, S. 15.
[8]) Vgl. Guhl, S. 39.
[9]) S. § 15 unten.

in seinem Urteil vom 13. Juli 1922, in S. H. ca. H. treffend ausführt,[10]) „weisen die Scheidungsurteile mit richterlich genehmigten Konventionen zwei nach ihrer Grundlage und ihrer Entstehung erheblich verschiedene Bestandteile auf. Sie enthalten einerseits Bestimmungen über Rechtsverhältnisse, die der Dispositionsfähigkeit der Parteien entrückt sind und deren Regelung ausschliesslich Sache des Richters ist, und zwar auf Grund eines durch starkes Hervortreten der Offizialmaxime charakterisierten Verfahrens. Ueber die Nebenfolgen der Scheidung aber dürfen die Parteien Vereinbarungen abschliessen, die vom Richter zwar auf Gesetzmässigkeit und Angemessenheit ihres Inhaltes überprüft werden."

Eine Scheidungskonvention darf daher als „integrierender Bestandteil" des Scheidungsurteils aufgefasst werden,[11]) was aber nicht zum Schluss führen darf, sie habe dadurch ihren privatrechtlichen Charakter verloren.

In der Literatur wird die Scheidungskonvention auch oft als Vergleich bezeichnet[12]) Das schweizerische Privatrecht kennt den Vergleich als besonders geordnete Vertragsart nicht.[13]) Aus dem ZGB und dem OR ist aber zu entnehmen, dass er zulässig ist.[14]) Eine Definition des Vergleiches ist im Gesetz nirgends zu finden, so dass wir uns auf die herrschende Meinung in der Rechtsprechung und der Wissenschaft[15]) verlassen müssen. Der Vergleich ist als derjenige Vertrag zu bezeichnen, in welchem die Parteien durch gegenseitiges Nachgeben eine zivilrechtliche Streitigkeit beilegen. Die Wirkung des Vergleiches ist also die Beilegung einer zivilrechtlichen Streitigkeit, worunter man sich ausschliessende Rechtsbehauptungen versteht.[16]) Dagegen soll die

---

[10]) Vgl. SJZ 20, S. 15.

[11]) Vgl. Gmür, Kommentar zu Art. 158 ZGB, N. 24.

[12]) Vgl. u. a. SJZ 18, S. 297, wo sie als gerichtlicher Vergleich aufgefasst wird, sowie Gmür in Komm. z. Art. 158, Ziff. 5, ZGB, der sie immer wieder als Vergleich schlechthin bezeichnet.

[13]) Vgl. Schultz, S. 8.

[14]) Er ist erwähnt im ZGB: 319, Abs. 3, 395, Abs. 1, 421, Ziff. 8, im OR: 396, Abs. 3, 585, Abs. 2.

[15]) Vgl. BG. 36 I 769, 39 I 153, 41 II 617, 48 II 107, 49 II 7, sowie Becker, Komm. zu Art. 24, N. 24 und Guhl, S. 146.

[16]) Vgl. Schultz, S. 18.

Scheidungskonvention ja die Nebenfolgen, d. h. durch die Scheidung bedingte Rechte und Pflichten regeln, welche nur ausnahmsweise streitig sind. Streit über die Nebenfolgen der Scheidung ist keine Voraussetzung zum Abschluss einer Scheidungskonvention; er kann höchstens subsidär zum Abschluss führen, d. h. die Regelung hätte auch dann vorgenommen werden müssen, wenn er nicht bestanden hätte.

Aber auch vom gerichtlichen Vergleich bleibt die Scheidungskonvention verschieden. Der gerichtliche Vergleich ist ein Vertrag, durch welchen die Parteien eine zivilrechtliche Streitigkeit beilegen, welche den Gegenstand eines Zivilprozesses bildet,[17]) d. h. die zivilrechtliche Streitigkeit soll, was beim Vergleich schlechthin nicht erforderlich ist, rechtshängig gemacht worden sein.[18]) Er muss in den von den Prozessordnungen vorgesehenen Formen abgeschlossen werden.[19]), [20]) Der Umstand, dass beim gerichtlichen Vergleich die zivilrechtliche Streitigkeit Gegenstand eines Zivilprozesses ist, nähert ihn der Scheidungskonvention nur scheinbar; denn, wenn die Regelung der Scheidungsnebenfolgen auch Gegenstand eines Zivilprozesses ist, so bleibt der Hauptunterschied der Streitigkeit zu der einfachen Regelung. Ein weiterer Unterschied besteht darin, dass der Vergleich einen Zivilprozess beseitigt, die Scheidungskonvention in dem Sinne diesen ergänzt, dass sie dessen Folgen ordnet. Der Prozessvergleich ist Prozessschlussakt, die Scheidungskonvention besteht neben dem Scheidungsprozess.

Die Aehnlichkeit des Vergleiches mit der Scheidungskonvention bleibt damit rein äusserlich, indem beide Rechtsgeschäfte Verträge privatrechtlicher Natur mit prozessualen Merkmalen (Form beim Vergleich, Aufnahme ins Urteilsdispositiv bei der Scheidungskonvention) sind, und indem beide einer gerichtlichen Mitwirkung bedürfen.

---

[17]) Vgl. Schultz, S. 57.

[18]) Vgl. Schultz, S. 57.

[19]) Vgl. Schultz, S. 94.

[20]) Für das bernische Zivilprozessrecht: Abschluss vor Instruktionsrichter oder Gericht; wenn der Vergleich nicht vor diesen abgeschlossen wird: richterliche Genehmigung, vgl. Art. 397, Abs. 2, bern. ZPO.

§ 3. Die Scheidungskonvention nach Art. 158, Ziffer 5, ZGB; der Begriff der Nebenfolgen

Massgebend für die Regelung der Scheidungskonvention ist, wie schon erwähnt, Art. 158, Ziff. 5, ZGB, welcher lautet:

> „Vereinbarungen über die Nebenfolgen der Scheidung oder Trennung (151 ff.) bedürfen zur Rechtsgültigkeit der Genehmigung durch den Richter."

Welches sind nun die vom Gesetze betroffenen Nebenfolgen? Die im Art. 158, Ziff. 5, ZGB, erwähnten Art. 151 ff. betreffen:

1. Die Leistungen bei der Scheidung (Entschädigung, Genugtuung und Unterhalt, Art. 151 bis 153 ZGB).
2. Die güterrechtliche Auseinandersetzung (Art. 154 ZGB).
3. Die Elternrechte (Art. 156 und 157 ZGB).

Diese drei Hauptgruppen von Nebenfolgen sind in der Literatur und in der Gerichtspraxis nicht ohne weiteres als erlaubter und gültiger Inhalt einer Scheidungskonvention anerkannt. Die einen behaupten, es seien nur die Leistungen der Art. 151 bis 153, ZGB, sowie die Elternrechte im Art. 158, Ziff. 5, ZGB vorgesehen,[21]) die anderen wollen die güterrechtliche Auseinandersetzung hinzufügen.[22])

Wie das Obergericht des Kantons Neuenburg geltend macht,[23]) betrifft die vor seinem Entscheide vom 1. November 1926 veröffentlichte Rechtsprechung des Bundesgerichtes — wohl aus reinem Zufall —, neben Vereinbarungen über die Kinderverhältnisse nur solche über die finanziellen Leistungen der Art. 151 bis 153 ZGB. Aus neueren bundesgerichtlichen Entscheiden geht aber hervor, dass die güterrechtliche Auseinandersetzung ebenfalls den rechtmässigen Inhalt einer Scheidungskonvention bilden kann.[24])

Den anderen Gründen, auf welche in der Literatur immer wieder Wert gelegt wird und welche die Ausschliessung der güterrechtlichen Auseinandersetzung vom Art. 158, Ziff. 5, ZGB, rechtfertigen sollen, kann auch nicht beigepflichtet werden. Der Um-

[21]) Vgl. Picot in der ZSR n. F., Bd. 48, S. 91a und SJZ 23, S. 174.

[22]) Vgl. SJZ 34, S. 360; Egger, Komm. zu Art. 158 N. 13; Gmür, Komm. zu Art. 158, N. 23; Rossel et Mentha, S. 278.

[23]) Vgl. SJZ 23, S. 174 .

[24]) Vgl. BGE 58, II 97 und 64, II 63.

stand, dass diese in einem vom Scheidungsprozesse separaten Verfahren gültig geregelt werden kann,[25]) genügt nicht, um sie der richterlichen Genehmigung zu entziehen, falls sie in einer Konvention geregelt wurde. Denn auch andere Nebenfolgen ertragen ein separates Verfahren;[26]) eine absolute Unteilbarkeit des Scheidungsverfahrens ist, was die Nebenfolgen betrifft, nirgends vorgeschrieben; ein Nachverfahren soll nur dann unzulässig sein, wenn es mit der Natur der Nebenfolge unvereinbar ist, was z. B. bei der Kinderzuteilung zutrifft.[27])

Am häufigsten aber wird die Trennung der güterrechtlichen Auseinandersetzung von den übrigen Nebenfolgen damit begründet, sie sei keine absolute Folge der Scheidung, da sie auch beim Tode des einen Ehegatten eintrete.[28]) Diese zwei Arten der Auflösung des ehelichen Vermögens sind nun aber grundsätzlich verschieden. Bei der Scheidung herrscht das Streben vor, möglichst denjenigen Zustand wiederherzustellen, welcher vor der Scheidung bestand; beim Tode des einen Ehegatten dagegen sollen noch die Erben Berücksichtigung finden. Bei der Scheidung soll das eheliche Vermögen nach Massgabe des Art. 154 ZGB in das Eigengut des Mannes und in dasjenige der Frau zerfallen, unabhängig vom Güterstande der Ehegatten; die Grundsätze des Güterrechtes finden nur insofern Anwendung, als ein Vorschlag vorhanden ist (vgl. Art. 154, Abs. 2, a. A., ZGB). Beim Tode des einen Ehegatten findet die Auseinandersetzung je nach dem Güterstande statt (vgl. Art. 213 und 214 ZGB für die Güterverbindung, Art. 225 ff. für die Gütergemeinschaft), wobei das Erbrecht immer mitspielt; Art. 154, Abs. 3, ZGB, sagt dagegen ausdrücklich: „Geschiedene Ehegatten haben zueinander kein gesetzliches Erbrecht und können aus Ehevertrag oder aus Verfügungen von Todes wegen, die sie vor der Scheidung errichtet haben, keine Ansprüche erheben."

Es liegt also gar kein Grund vor, die güterrechtliche Aus-

---

[25]) Vgl. BGE 47, II 370.

[26]) Vgl. Stauffer § 5.

[27]) Vgl. BGE 47, II 370.

[28]) Vgl. SJZ 23, S. 174: Il s'agit là d'une manière générale des conséquences de la dissolution du mariage, et non pas spécialement des conséquences du divorce.

einandersetzung dem Schutze des Art. 158, Ziff. 5, ZGB, zu entziehen; es soll eine Vereinbarung über eine ungerechtfertigte Auseinandersetzung ebensogut durch die Nichtgenehmigung des Richters unwirksam gemacht werden, wie eine sittenwidrige Vereinbarung über den Unterhalt der Kinder. Die Vermögensrechte des einen Ehegatten sollen ebensogut Schutz finden wie die Rechte der Kinder, auch wenn im ersten Falle das öffentliche Interesse nicht im Spiele ist.

Einen dritten Weg in der Frage des Begriffes der Nebenfolgen der Scheidung nach Art. 158, Ziff. 5, ZGB, schlägt endlich Gisi [29]) ein, indem er behauptet, die richterliche Genehmigung sei nur für die vermögensrechtliche Auseinandersetzung erforderlich, wobei er sowohl die Leistungen unter den Ehegatten als auch die güterrechtliche Auseinandersetzung versteht. Die Kinderzuteilung und die Alimentation der Kinder können keinesfalls Inhalt einer Scheidungskonvention sein, da sie der Offizialmaxime unterstellt seien, welche keine Verträge zulasse; die vermögensrechtliche Auseinandersetzung dagegen berühre ausschliesslich private vermögensrechtliche Interessen der Ehegatten, unterstehe also der Verhandlungsmaxime. Die das ganze Scheidungsrecht beherrschende Offizialmaxime darf unseres Erachtens bei den finanziellen Fragen der Ehegatten nicht ohne weiteres ausgeschlossen werden. Allerdings sind die Leistungen der Art. 151 bis 153 ZGB und die güterrechtliche Auseinandersetzung Rechtsverhältnisse, welche der freien Disposition der Ehegatten unterstellt sind, während bei der Regelung der Kinderrechte der Richter ex officio eine Ordnung treffen soll. Der Unterschied soll aber nicht der sein, dass im ersten Falle allein der Wille der Parteien massgebend sein soll, im zweiten allein der richterliche Wille; bei den Kinderverhältnissen soll vielmehr nur die Wahrung der Kinderinteressen den Ausschlag geben, [30]) welcher Zweck sowohl durch Parteivereinbarung als auch durch Richterspruch erreicht werden kann. Es kann zwischen Konventionen über die Vermögensverhältnisse der Ehegatten und solchen über die Kinderrechte nur soweit ein Unterschied gemacht werden, als der Richter diese einer gründlicheren

[29]) Vgl. SJZ 32, S. 419.

[30]) S. § 5 unten.

Prüfung unterwerfen soll, um möglichst jede Beeinträchtigung des Wohles der Kinder zu vermeiden, als jene, wo nur die Interessen der Parteien im Spiele sind.

Zusammenfassend sei gesagt, dass sowohl die Leistungen bei der Scheidung und die güterrechtliche Auseinandersetzung als auch die Kinderrechte in die vom Art. 158, Ziff. 5, ZGB, vorgesehenen Nebenfolgen einzureihen sind.

2. Abschnitt
Gültige Konventionen

§ 4. Vereinbarungen über die vermögensrechtlichen Leistungen (Art. 151 bis 153 ZGB)

In den meisten Scheidungsfällen wird der eine Ehegatte in seinen vermögensrechtlichen Verhältnissen beeinträchtigt, der schuldlose Ehegatte durch die Schuld des anderen Ehegatten so schwer verletzt, dass eine Genugtuungssumme (analog des in Art. 49 OR gewährten Schadenersatzes bei Verletzung in den persönlichen Verhältnissen) verlangt werden kann, und endlich gerät der eine Ehegatte durch die Scheidung in Bedürftigkeit, mangels irgendwelcher anderen Unterhaltungsmöglichkeit als des Einkommens des anderen Ehegatten, so dass ein Alimentationsbeitrag gewährt werden soll. Dementsprechend hat das ZGB in den Art. 151 bis 153 dem Benachteiligten Leistungen zugesichert, welche die Ehegatten oft vor dem Scheidungsprozess in einer Konvention vereinbaren.

I. Die Entschädigung.

Gemäss Art. 151, Abs. 1, ZGB, hat der schuldige Ehegatte dem schuldlosen eine angemessene Entschädigung zu entrichten, sobald durch die Scheidung dessen Vermögensrechte oder Anwartschaften beeinträchtigt werden. Parteivereinbarungen über diese Entschädigung für direkten Vermögensausfall kommen oft vor, sind sogar wünschenswert; der Richter erfährt ja während des Scheidungsverfahrens kaum etwas über die

Vermögensverhältnisse der Ehegatten. Für ihn bedeutet daher eine Konvention eine bedeutsame Hilfe, da sie ihm eine nähere Untersuchung derselben erspart, vorausgesetzt jedoch, dass die Parteien die Entschädigungssumme möglichst gerecht festgesetzt haben. Die dem Richter bekannten Tatbestände sollen ihm eine genügende Grundlage dafür schaffen, um darüber entscheiden zu können, ob die vereinbarte Summe in ihrer Höhe angemessen und ob sie überhaupt gerechtfertigt sei. Denn es geschieht nicht selten, dass Konventionen über die Entschädigungssumme dazu dienen sollen, die begünstigte Partei zur Scheidung zu bewegen, ihre Zustimmung zu erlangen, indem der schuldige Ehegatte eine zu hohe Summe verspricht,[1]) ja sogar eine „Entschädigung" dann verspricht, wenn die Vermögensverhältnisse des schuldlosen Ehegatten durch die Scheidung gar nicht beeinträchtigt werden. Es kann aber auch der Fall vorkommen, dass die verpflichtete Partei die Unerfahrenheit oder den Leichtsinn des Berechtigten dazu missbraucht, ihm eine zu kleine Entschädigung zu gewähren. Die richterliche Prüfung soll also einerseits der Wahrung des allgemeinen Interesses dienen, indem unsittliche Vereinbarungen möglichst vermieden werden, anderseits aber auch dem Schutze des persönlichen Rechtes des einzelnen.

Vertragliche Verzichte auf die Entschädigungssumme sind zulässig, insoweit sie nichts unsittliches enthalten. Der Richter wird in jedem Falle versuchen, die Beweggründe, welche zum Verzicht führten, zu erkennen, und, je nachdem sie ihm begründet erscheinen oder nicht, seine Genehmigung erteilen oder verweigern. Allgemeine Richtlinien können nicht gezogen werden. Es kann allein das richterliche Ermessen über solche Verzichte entscheiden. Es kann z. B. ein Ehegatte deswegen auf die Entschädigung verzichten, weil er lieber in seiner finanziellen Lage beeinträchtigt wird, als vom andern Ehegatten Geld annimmt.

II. Die Genugtuungssumme.

Auch sie kommt als Vertragsinhalt vor. Art. 151, Abs. 2, ZGB, sagt: „Liegt in den Umständen, welche zur Scheidung geführt

[1]) Vgl. BGE 20, S. 611 und 51, II, 118: Est nulle comme contraire à l'ordre public et à la morale la convention par laquelle un époux se fait promettre par son conjoint une somme d'argent en échange de son consentement au divorce.

haben für den schuldlosen Ehegatten eine schwere Verletzung der persönlichen Verhältnisse, so kann ihm der Richter eine Geldsumme als Genugtuung zusprechen." Hier haben wir es also mit einem Ersatz für schwere Verletzung der Persönlichkeit zu tun. Die Höhe wäre nun am besten vom Richter festzusetzen; denn die immaterielle Verletzung der Persönlichkeit ist in eine Geldsumme schwer umwandelbar. Es wird für die Parteien, welche ja einerseits der Beleidigte, anderseits der Beleidiger sind, schwierig sein, ohne Konflikte eine Genugtuungssumme gemäss Art. 151, Abs. 2, ZGB, gerecht zu vereinbaren: der verletzte Ehegatte wird immer wieder eine tiefere Beeinträchtigung seiner Persönlichkeit geltend machen als der schuldige, dementsprechend eine höhere Genugtuungssumme verlangen, als der schuldige Ehegatte ihm gewähren will. Die Mitwirkung des Richters, der als Dritter unparteiisch darüber entscheiden kann (was übrigens in seiner Aufgabe liegt), ist in allen Fällen die beste Sicherheit für eine angemessene Genugtuung. Die beschränkte Zulässigkeit einer Scheidungskonvention über eine Genugtuungssumme ist im Gesetz übrigens auch angedeutet. Während im ersten Absatz des Art. 151 ZGB von der Entrichtung einer Entschädigung durch den schuldigen Ehegatten die Rede ist, so sagt der zweite Absatz desselben Artikels ausdrücklich: „so kann der Richter eine Genugtuung zusprechen". Jedoch werden dem Richter oft Vereinbarungen über die Genugtuungssumme vorgelegt. Da sie nicht expressis verbis verboten sind, wird er sie wie andere Scheidungskonventionen prüfen, seine Genehmigung aber nur dann erteilen, wenn er die gleiche oder eine nicht zu stark abweichende Summe zugesprochen hätte. Er wird die Frage der Verletzung der Persönlichkeit selber prüfen, und erst nachher die Summe bestimmen und gegebenenfalls die Konvention genehmigen. Es ist jedoch nicht zu verkennen, dass der Richter nicht immer vollen Einblick in die tatsächlichen Verhältnisse, welche zur Scheidung führen, erlangt; denn wie das Obergericht des Kantons Zürich sich ausdrückt,[2]) „kennt das ZGB keinen Anspruch auf rechtskräftige Entscheidung der Schuldfrage im Ehescheidungsprozess; die Prüfung der Schuldfrage ist daher, soweit sie nicht zur Ent-

[2]) Vgl. SJZ 18, S. 293.

scheidung der Haupt- und Nebenfolgen der Scheidung notwendig erscheint, nur als Präjudizialfrage zu behandeln." Es ist den Parteien sogar erlaubt, nur die tiefe Zerrüttung geltend zu machen, falls sie wirklich besteht, und andere vorhandene spezielle Scheidungsgründe gar nicht anzubringen.[3]) In solchen Fällen aber gibt es nur selten eine schuldlose Partei, es wird also kaum ein Antrag über eine Genugtuungssumme gestellt werden und falls eine Vereinbarung abgeschlossen wurde, so wird sie dem Richter meistens nicht vorgelegt, um ihn eben von einer bessern Kenntnis der Schuldfrage fernzuhalten.

Auf die Genugtuungssumme darf nicht verzichtet werden.[4]) Ein solcher Verzicht würde ja eine Verzeihung für die schwere Verletzung der persönlichen Rechte, ein Verzicht auf die Achtung der Persönlichkeit bedeuten. Sowie Art. 100 OR zum Schutze der guten Sitten eine zum voraus getroffene Verabredung, wonach die Haftung für rechtswidrige Absicht oder grobe Fahrlässigkeit ausgeschlossen wird, als nichtig erklärt, so soll auch ein Verzicht auf die Haftung für Verletzungen der von Gesetzes wegen geschützten Persönlichkeit als unzulässig erachtet werden.[5]) Es soll ja nicht die Geldleistung für sich massgebend sein, sondern die Tatsache, dass für das erlittene Unrecht Genugtuung verschafft wurde.

III. Der Unterhaltsbeitrag.

Dieser wird gemäss Art. 152 ZGB dem schuldlosen Ehegatten gewährt, wenn er durch die Scheidung in grosse Bedürftigkeit gerät; hiezu wird der andere Ehegatte, auch wenn er an der Scheidung nicht schuld ist, seinen Vermögensverhältnissen entsprechend verpflichtet. Er bedeutet, wie das Bundesgericht sich ausdrückt,[6]) „eine zugesicherte Entschädigung dafür, dass die familienrechtlichen Ansprüche, die während des Bestehens der Ehe zwischen den Ehegatten bestanden haben, aufgehoben worden sind."

Häufiger als die Genugtuungssumme oder als die Entschädi-

[3]) Vgl. SJZ 18, S. 197.
[4]) Anderer Ansicht ist M. Bänninger, vgl. S. 226.
[5]) Vgl. BGE 62, II, 5 ff.
[6]) Vgl. BGE 46, III, 79.

gung wird der Unterhaltsbeitrag schon vor der Scheidung durch die Ehegatten vertragsmässig vereinbart. Abgesehen von der immer wieder vorkommenden Unangemessenheit und Unsittlichkeit, bieten solche Vereinbarungen für den Richter keine besonderen Schwierigkeiten.

Da der zum Unterhaltsbeitrag berechtigte Ehegatte durch die Scheidung in grosse Bedürftigkeit geraten, d. h. ohne Existenzmöglichkeit sein muss, steht der Alimentationsanspruch nicht selten einem geisteskranken Ehegatten zu. Amtet nun als Vormund des Geisteskranken der andere Ehegatte selbst (was zwar kaum der Fall sein wird, da der Vormund sich in einem solchen Falle auf Art. 384, Ziff. 3, ZGB, berufen kann, um gemäss Art. 443, Abs. 1, ZGB, sein Amt niederzulegen), so kann eine Konvention wegen der Interessenkollision nur unter Beiziehung eines Beistandes nach Massgabe des Art. 392, Ziff. 2, ZGB rechtsgültig abgeschlossen werden. Missachtet der als Vormund amtende Ehegatte diese Vorschrift, so beurteilt sich das Rechtsgeschäft nach den Regeln der Stellvertretung ohne Ermächtigung (Art. 38 ff. OR),[7]) d. h. die Konvention bleibt solange nichtig, als noch kein Beistand bestellt wurde, und solange dieser sie noch nicht genehmigt hat. Seine Genehmigung bewirkt aber noch nicht die endgültige Rechtsgültigkeit der Konvention; sie schliesst keineswegs diejenige des Scheidungsrichters aus. Denn einerseits können seit dem Abschluss des Rechtsgeschäftes neue Tatsachen entstanden sein, anderseits soll man nicht verkennen, dass der Richter in den meisten Fällen die Angelegenheiten der Ehegatten besser ins Auge fasst als der Beistand, der nur gelegentlich sich in ihre Verhältnisse einzumischen hat. Die Vorgenehmigung einer Scheidungskonvention durch einen Beistand soll also in keinem Falle den Richter zur Erteilung seiner eigenen Genehmigung zwingen.

Amtet als Vormund des geisteskranken Ehegatten eine Drittperson, so gestaltet sich die Lage nicht wesentlich anders. Wird zwischen ihr und dem gesunden Ehegatten eine Scheidungskonvention abgeschlossen, so kann die Mitwirkung der Vormundschaftsbehörde gemäss Art. 407 ZGB vorbehalten werden,

---

[7]) Vgl. Hefti, S. 99.

ist aber niemals Gültigkeitsrequisit. Aus den oben erwähnten Gründen wird das Rechtsgeschäft erst durch die Genehmigung des Scheidungsrichters gültig.

Obwohl unter den Ausführungen über den Unterhaltsbeitrag angebracht, soll der eben besprochene Abschluss einer Scheidungskonvention zwischen dem einen Ehegatten einerseits und dem Vormund des anderen anderseits auch für die übrigen der Verfügung der Parteien unterstellten Nebenfolgen gelten.

Es wird in der Literatur häufig darauf hingewiesen, dass Verzichte auf den Unterhaltsbeitrag zulässig seien, da, wie sich u. a. M. Bänninger[8]) ausdrückt, „die Unterstützung durch den anderen dem sittlichen Empfinden des Berechtigten widersprechen kann". Sollten solche Verzichte dem Richter zur Genehmigung unterbreitet werden, so soll er diese aus folgenden Erwägungen verweigern: Entweder gerät der berechtigte Ehegatte durch die Scheidung wirklich in grosse Bedürftigkeit, dann soll er die Unterstützung des andern Ehegatten annehmen, sonst fällt er ja der öffentlichen Armenpflege zur Last. Oder es gerät der schuldlose Ehegatte durch die Scheidung gar nicht in Bedürftigkeit; dann hat er überhaupt keinen Grund zu verzichten, da er überhaupt keinen Unterhalt verlangen kann.

IV. Rente.

Art. 153 ZGB regelt die in Form einer Rente festgesetzten Entschädigungen, Genugtuungssummen oder Unterhaltsbeiträge. Da wir bei der Besprechung der Abänderung der Scheidungskonventionen auf diesen Artikel zurückzukommen haben, ist darauf zu verweisen.[9])

§ 5. Vereinbarungen über die güterrechtliche Auseinandersetzung

Dass die güterrechtliche Auseinandersetzung gültiger Inhalt einer Scheidungskonvention ist, haben wir bereits oben[10]) besprochen. Diese Möglichkeit, das eheliche Vermögen zu liquidieren, soweit es noch nicht durch ein Trennungsurteil gemäss

[8]) Vgl. M. Bänninger, S. 21.
[9]) Vgl. § 20, I.
[10]) S. § 3.

Art. 182 bis 189 ZGB oder durch einen Ehevertrag gemäss Art. 178 bis 181 ZGB getrennt war, wird von den Ehegatten oft angewendet. Vereinbarungen über die güterrechtliche Auseinandersetzung bedeuten für den Richter, wie Vereinbarungen über die Entschädigungssumme oder den Unterhaltsbeitrag, eine bedeutsame Hilfe. Art. 154 ZGB versucht ja, diejenige vermögensrechtlichen Verhältnisse wiederherzustellen, welche vor der Ehe bestanden; die Verschuldungsfrage bleibt unbeachtet. Daher sind die Ehegatten am besten in der Lage, die Liquidation ihres ehelichen Vermögens durchzuführen. Ihre Aufgabe wird noch dadurch erleichtert, dass sie an keine Teilungsart gebunden sind, da Art. 154 dispositives Recht bildet.[11]) Sollte der eine Ehegatte seinen Einfluss auf den anderen dazu missbrauchen, um durch den Vertrag eine ungerechte Auseinandersetzung zu erzielen, so ist dieser Mangel auf Antrag des verletzten Ehegatten oder nach eigener Prüfung der Vereinbarung durch den Richter durch Nichtgenehmigung aufzuheben.

§ 6. Vereinbarungen über die Kinderrechte

Noch mehr als bei den vermögensrechtlichen Nebenfolgen der Scheidung kommt bei den Kinderrechten ein dringendes Bedürfnis der Ehegatten zum Vorschein, selber Anordnungen zu treffen und solche Massnahmen nicht dem Scheidungsrichter zu überlassen. Aber auch häufiger als in den Fällen, wo nur das Interesse der Parteien im Spiele ist, hat hier der Richter seine Genehmigung zu verweigern; denn bei der Regelung der Kinderrechte ist einzig und allein die Wahrung der Kinderinteressen, das Wohl der Kinder, richtunggebend.

„Egoistische Liebe zum Kind, Hass gegen den anderen Elternteil, Unklarheit über die wahre Situation, Unterschätzung oder Ueberschätzung der finanziellen Tragweite der Entschlüsse", wie sich Hauser ausdrückt,[12]) sind nicht selten die einzigen Direktiven, welche beim Abschluss der Konvention mitwirken. Daher soll der Richter Vereinbarungen über die Kinderrechte einer besonders gründlichen Prüfung unterwerfen, wofür auch der

[11]) Vgl. Blocher in der ZSR n. F., Bd. 36, S. 286.

[12]) Vgl. SJZ 35, S. 257.

Offizialcharakter dieser Nebenfolge der Scheidung spricht, und seine Genehmigung nur dann geben, wenn durch die Vereinbarung das Wohl der Kinder unbeeinträchtigt bleibt. Jedoch sollte daraus nicht geschlossen werden, der Richter habe nur dann seine Genehmigung zu erteilen, wenn er die gleiche Regelung getroffen hätte, wie die Eltern selbst in der Vereinbarung; leistet diese ebensoviel Gewähr wie seine eigene Lösung, dann wird er sie auch genehmigen müssen. [13])

Die Nebenfolgen der Scheidung betreffen für die Kinder die Regelung der Elternrechte, welche von der Zuteilung abhängig sind, die Regelung der Unterhaltsbeiträge, die Regelung des Besuchsrechtes. Treffen die Eltern in einer Konvention nur Anordnungen über die eine oder die andere dieser Regelungen, so liegt es in der Pflicht des Richters, die Vereinbarung im Urteil zu ergänzen.

a) Die Regelung der Elternrechte. Unter den Begriff der Elternrechte fallen nach den allgemeinen Grundsätzen des Familienrechtes:

1. Die elterliche Gewalt (Art. 273 ff. ZGB); sie kommt ohne weiteres demjenigen Ehegatten zu, welchem die Kinder zugewiesen werden. (Vgl. Art. 274, Abs. 3, a. E., ZGB).

2. Die elterlichen Vermögensrechte, welche ebenfalls demjenigen zukommen, welcher die Kinder erhält (Art. 290 ff., ZGB).

b) Die Zuteilung der Kinder. Dies ist wohl für den Richter der am schwierigsten zu regelnde Punkt der Kinderrechte. Das Schuldmoment spielt gewiss eine Rolle; doch sind auch bei Schuldlosigkeit nicht immer die Erfordernisse zur richtigen Erziehung eines Kindes vorhanden. Daher ist der Richter gar nicht verpflichtet, die Kinder dem einen oder dem anderen Elternteil zuzuweisen; er kann — und ist dazu sogar verpflichtet — beiden Ehegatten die elterliche Gewalt entziehen, sobald sich keiner als fähig erzeigt, sie richtig auszuüben oder sobald die Kinder sowohl bei dem einen als bei dem andern gefährdet sind. Eine über die Zuteilung getroffene Konvention bedeutet wohl eine Erleichterung der richterlichen Aufgabe, nicht aber notwendigerweise deren Lösung; denn, obwohl die Eltern einig

[13]) Vgl. BGE 60, II, 169.

sind, und am besten in der Lage sein sollten, darüber zu entscheiden, welchem die Kinder am zweckmässigsten zuzuteilen seien, kommen häufig unzweckmässige, sogar unsittliche Vereinbarungen vor.[14]) Es kann z. B. die Ueberlassung der Kinder durch einen Verzicht auf Unterhaltsbeiträge erkauft werden,[15]) oder umgekehrt, dass um Geldes willen auf ein Kind verzichtet wird.[16])

Gemeinsame Verzichte auf die elterliche Gewalt sollen beim Richter nur dann Berücksichtigung finden, wenn die verzichtenden Elternteile zur Erziehung der Kinder wirklich unfähig erscheinen oder beim Vorliegen eines anderen wichtigen Grundes (z. B. Abreise des für die Erziehung einzig in Betracht kommenden Elternteiles in eine für das Kind ungünstige Gegend). Fliesst der Verzicht aber aus einem egoistischen oder unsittlichen Grunde, so wird sich der Richter an ihn nicht halten.[17])

c) Der Beitrag an die Kosten des Unterhalts und der Erziehung der Kinder. Art. 156, Abs 2, ZGB, bestimmt, dass der Ehegatte, dem die Kinder entzogen werden, zur Entrichtung eines seinen Verhältnissen entsprechenden Beitrages an die Kosten des Unterhaltes und der Erziehung verpflichtet ist. Dass der eine Ehegatte diesen Beitrag dazu ausnützt, unsittliche Ziele zu erreichen, vielleicht sogar den anderen Ehegatten zur Scheidung zu bewegen, kommt ebensogut vor, wie bei den aus den Art. 151 bis 152 ZGB fliessenden Leistungen.

Der Beitrag soll angemessen sein; beim Abschluss der Konvention werden die Ehegatten nicht nur auf die gegenwärtigen Verhältnisse abzustellen haben, sondern noch daran denken, dass der Unterhaltsbeitrag nicht nur einmal oder zweimal zu leisten sein wird, sondern bis zur Mündigkeit des Kindes.[18]) Dies übersehen oft die Eltern, so dass der Richter nach genauer Prüfung der Verhältnisse den versprochenen Beitrag herabsetzen

---

[14]) Vgl. BGE 51, II, 103 .

[15]) Vgl. Fritzsche, S. 49 f.

[16]) Vgl. Curti, schw. Zivilrecht, Bd. 1, S. 74.

[17]) Vgl. BGE 51, II, 108.

[18]) Vgl. Egger, Komm. zu Art. 156, ZGB, N. 19, sowie BGE 54, II, 343, 55, II, 13, ZBJV, Bd. 57, S. 121.

muss. Im Gegenteil darf er ihn aber auch hinaufsetzen, wenn es sich zeigt, dass er zum richtigen Unterhalt und zur richtigen Erziehung der Kinder ungenügend ist.[19])

Seitens des Elternteiles, dem die Kinder zugeteilt werden, sind Verzichte auf deren Alimentationsanspruch nur dann zulässig, wenn es einigermassen sicher ist, dass dadurch die Ansprüche der Kinder nicht beeinträchtigt werden. Da aber in vielen Fällen die Zukunft ziemlich im Ungewissen liegt, wird der Richter nur selten solche Verzichte genehmigen. Tut er es, dann soll Art. 157 ZGB doch vorbehalten bleiben.

d) Das Besuchsrecht. Gemäss Art. 156, Abs 3, ZGB, hat der Ehegatte, dem die Kinder entzogen werden, ein Recht auf angemessenen persönlichen Verkehr mit ihnen.

Das Besuchsrecht stellt ein heikles Problem dar. Die einen bezeichnen es als ein absolutes Recht,[20]) die anderen behaupten, es sei entziehbar und verzichtbar[21]) und sehen es als eigennütziges Recht der Eltern an.[22]) Eine nähere Untersuchung dieser Streitfrage liegt aber nicht in unserer Aufgabe.

Die Eltern vereinigen sich gewöhnlich über das Besuchsrecht gleichzeitig wie über die Zuteilung der Kinder. Allgemeine Regeln zur Prüfung einer dahingehenden Konvention lassen sich gar nicht aufstellen. Es wird wieder der Richter in jedem einzelnen Falle je nach den Verhältnissen beurteilen müssen; was den einen angemessen erscheinen wird, werden die anderen als ungenügend finden. Daher bedeutet auch eine Vereinbarung über das Besuchsrecht eine beträchtliche Erleichterung der richterlichen Aufgabe. Beim Vorliegen einer solchen wird aber der Richter immer darauf achten müssen, dass das Besuchsrecht präzis ausgestaltet sei. Behält die Konvention z. B. einfach das gesetzliche Besuchsrecht des einen Ehegatten vor, ohne direkt zu bestimmen, was zwischen den Parteien als angemessenen Verkehr gelten soll,[23]) so wird der Richter die Konvention zu ergänzen haben, um spätere Konflikte zu vermeiden. Tut er es

[19]) Vgl. SJZ 14, S. 227.
[20]) Vgl. Egger, Komm. zu Art. 156, N. 21.
[21]) Vgl. BGE 38, II, 36.
[22]) Vgl. M. Bänninger, S. 195 f.
[23]) Vgl. SJZ 20, S. 262.

nicht, so ist er später allein zuständig, die Konvention auszulegen, da er mit Rücksicht auf die Verhältnisse der geschiedenen Ehegatten allein dazu in der Lage ist, nicht etwa die Vormundschaftsbehörde.

Ueber die Interessen der Eltern hinaus sollen diejenigen der Kinder mitsprechen; das eine Kind wird sich nur mit Mühe daran gewöhnen, nicht mehr mit beiden Elternteilen zu leben, das andere wird sich dagegen bei einem einzigen Elternteil sehr wohl befinden. Daher bleibt das richterliche Ermessen die einzige Direktive zur Beurteilung von Vereinbarungen über das Besuchsrecht. Findet er es recht, eine solche abzuändern, so wird er am besten versuchen, es mit Zustimmung der Ehegatten zu tun; denn mit seiner Lösung kommt er in die Gefahr, eine für die Eltern unangenehme Situation zu schaffen. [24])

Wie die rechtliche Natur des Besuchsrechtes, so ist auch dessen Verzichtbarkeit in der Wissenschaft und in der Rechtsprechung umstritten. Mit M. Bänninger [25]) entscheiden wir die Frage wie folgt: Stellt man sich auf den Standpunkt der Interessenabwägung, so überwiegt in den meisten, wenn auch nicht in allen Fällen das Interesse des Kindes an einer einheitlichen und ungestörten Erziehung gegenüber dem Besuchsrecht des anderen Elternteiles, sofern darin nur ein eigennütziges Recht verstanden wird. Der verzichtende Ehegatte hat mehr Mittel und Kräfte, sich mit der Trennung abzufinden, während das Kind über sich ergehen lassen muss, was kommt. Immerhin ist die Einheit der Erziehung nicht in allen Fällen von Vorteil, die geistigen Bedürfnisse des Kindes können auch nach dem anderen Elternteile verlangen und nach Ergänzung von dessen Seite her. Auch braucht das Besuchsrecht nicht nur als ein eigennütziges Recht aufgefasst zu werden. Würde eine Rechtspflicht darin enthalten sein, so wäre es ohne weiteres unverzichtbar. Dies ist jedoch nicht der Fall. Das Gesetz gibt ausschliesslich nur ein Recht, verlangt aber in keiner Weise dessen Ausübung, verbindet es nicht mit Pflichten. Doch besteht eine moralische Pflicht, und ein Verzicht, der dem Elternteil jede Möglichkeit nimmt, am Leben des Kindes teilzunehmen, ist

[24]) Vgl. Picot in der ZSR n. F., Bd. 48, S. 91a, spez. 77a und 92a.
[25]) Vgl. M. Bänninger, S. 196 f.

deshalb wohl als Verstoss gegen sein Persönlichkeitsrecht nichtig.

Im § 2 haben wir darauf hingewiesen, dass die Vormundschaftsbehörde beim Abschluss einer Konvention über die Kinderrechte nur als Beraterin mitwirken könne, nicht aber als Partei. Dies geht aus der einfachen Ueberlegung hervor, dass wenn die Kinder schon vor der Scheidung ihren Eltern entzogen wurden, diese auch kein Recht mehr haben, ihre Rechtsverhältnisse zu jenen nach vollzogener Scheidung zu gestalten. Wurden die Kinder dagegen nicht bevormundet, hatte sich aber die Vormundschaftsbehörde schon in die Angelegenheiten der Familie einzumischen, so wird sie beim Abschluss einer Vereinbarung über die Gestaltung der Kinderrechte Weisungen geben können, nicht aber aktiv mitwirken.

§ 7. Vereinbarungen über die Kosten der Scheidung

Prozessual können Verträge über die Prozesskosten rechtsgültig abgeschlossen werden. Es handelt sich ja bei der Regelung der Prozesskosten nicht um eine Frage des ordre public, wo der Richter ex officio zu urteilen hätte, sondern es kann die Kostentragung sehr wohl durch Dispositionen der Parteien geregelt werden. Auch in Scheidungsprozessen können sich die Ehegatten über die Kosten des Verfahrens einigen. Fällt dann die Vereinbarung unter Art. 158, Ziff. 5, ZGB, oder ist sie ohne richterliche Genehmigung rechtsgültig? In irgendwelchen anderen Prozessen würde eine solche Vereinbarung nie der ausdrücklichen Genehmigung des urteilenden Richters bedürfen; es würde ein Hinweis im Endurteil, dass die Parteien über die Kostentragung einig seien, genügen. Im Scheidungsprozess soll es auch so sein; man sieht nicht ein, warum eine Genehmigung erforderlich sein sollte, um so weniger als die Kosten des Verfahrens keine Folge der Scheidung im Sinne des Art. 158, Ziff. 5, ZGB, sind.

Wie steht es nun, wenn die Vereinbarung über die Prozesskosten einer Scheidungskonvention eingegliedert ist, wenn sie einen Bestandteil derselben bildet? Ist die ganze Konvention angemessen, so wird sie der Richter genehmigen, und zwar in

ihrer Gänze, den Punkt über die Prozesskosten inbegriffen, was zu deren Rechtsgültigkeit zwar nichts zu sagen hat.[26]) Sollte aber gerade dieser Punkt unangemessen oder unsittlich sein, so hätte der Richter ihn als ungültig zu erklären; aber nur diesen Punkt hätte er zurückzuweisen, nicht die ganze Konvention.[27]), [28])

§ 8. Vereinbarungen über die vorsorglichen Massnahmen (Art. 145 ZGB)

Art. 145 ZGB bestimmt, dass, nachdem die Klage auf Scheidung angebracht wurde, der Richter für die Dauer des Prozesses die nötigen vorsorglichen Massregeln zu treffen habe, namentlich in bezug auf die Wohnung und den Unterhalt der Ehefrau, die güterrechtlichen Verhältnisse und die Versorgung der Kinder. Diese Massnahmen sind nun keine Nebenfolgen der Scheidung im wahren Sinne des Wortes; sie bestehen ja nur für die Dauer des Prozesses, während welcher Zeit die Scheidung noch im Unsicheren liegt. Vereinbarungen hierüber sind zulässig und ohne ausdrückliche richterliche Genehmigung rechtsgültig, da sie nicht unter Art. 158, Ziff. 5, ZGB, fallen. Doch werden sie in den meisten Fällen dem Richter unterbreitet, da er sonst ex officio die Massnahmen zu treffen hat. Sie bilden für ihn einen wesentlichen Anhaltspunkt, jedoch kann er über sie hinweg gehen, sobald die Interessen der einen Partei oder der Kinder gefährdet werden.[29])

---

[26]) Vgl. SJZ 35, S. 10: „Au cas où la clause relative aux dépens est insérée dans une convention générale, ayant pour but de règler les effets accessoires du divorce au sens strict de ce terme, il convient de considérer la convention comme un tout; faisant partie intégrante de la convention sur les effets accessoires du divorce, la clause portant sur les frais et dépens est donc soumise à l'approbation du juge."

[27]) Anderer Ansicht ist das Obergericht des Kantons Waadt im erwähnten Urteil, vgl. SJZ 35, S. 10.

[28]) Ueber die Genehmigung nur eines Teiles der Konvention, s. § 15 unten.

[29]) Vgl. Egger, Komm. zu Art. 145 ZGB, Nr. 2.

3. Abschnitt

Ungültige Konventionen

§ 9. Allgemeine Ungültigkeitsgründe

Die Ungültigkeit einer Konvention ergibt sich entweder schon aus ihrem Abschluss oder aber aus ihrem Inhalt. Eine Vereinbarung, welche im Gesetz zwingend geregelte Nebenfolgen der Scheidung regelt[1]) oder eine solche, welche allein der Ermöglichung der Scheidung dienen soll,[2]) bedarf seitens des Richters keiner näheren Prüfung; sie muss von ihm zurückgewiesen werden. Die Vorschrift des Art. 158, Ziff. 5, ZGB, kann in dieser Hinsicht nur begrüsst werden; denn durch sie wird zweifellos vermieden, dass viele Verträge zur Erleichterung der Scheidung oder über zwingende Vorschriften des Gesetzes je wirksam werden. Der Richter wird übrigens gelegentlich bei richtiger Erfüllung seiner Aufgabe während des Verfahrens auf solche Vereinbarungen stossen; denn er ist ja gemäss Art. 158, Ziff. 1 und 3, ZGB, verpflichtet, von den Tatsachen, welche zur Begründung der Klage auf Scheidung dienen, sich wirklich zu überzeugen, und Parteierklärungen irgendwelcher Art als nicht verbindlich anzunehmen.

Aber auch die bis jetzt besprochenen, im allgemeinen als gültig anzusehenden Scheidungskonventionen können vom Richter unwirksam gemacht werden, sobald sie etwas Rechts- oder Sittenwidriges aufweisen (es ist übrigens schon bei der Besprechung der einzelnen Konventionen darauf hingewiesen worden). Wann ein Verstoss gegen die guten Sitten vorliege, kann nicht allgemein festgesetzt werden. Jedes Urteil darüber ist letzten Endes persönlicher Natur; man kann über die guten Sitten sehr verschiedener Meinung sein, ohne seine Meinung streng beweisen zu können. Die Beantwortung, ob ein an sich gültiger Vertrag sittlichen Inhaltes sei oder nicht, liegt daher allein im Ermessen des urteilenden Richters.[3])

---

[1]) S. §§ 11 und 12 unten.

[2]) S. § 10 unten.

[3]) Zur näheren Untersuchung der Frage der Sittlichkeit und der Ehe, bezw. der Scheidung, sei auf das Buch von Roth hingewiesen „Die Zerrüttung der

Bei allen vermögensrechtlichen Vereinbarungen wird der Richter anhand der ihm bekannten Verhältnisse zu prüfen haben, ob die versprochene Leistung überhaupt eine rechtliche Grundlage habe oder ob sie jeder solchen entbehre.[4]) Er wird auch versuchen, die Beweggründe zu erkennen, welche zum Abschluss der Vereinbarung führten. Denn es kann vorkommen, dass, „un tel engagement, qu'il dût avoir pour résultat de cacher au juge une partie de la vérité alors que les faits dissimulés étaient de nature à influencer sur sa décision, ou de conduire la défenderesse à ne pas se défendre, apparaît incontestablement comme contraire à l'ordre public et à la morale."[5])

Die Ungültigkeit des Vertrages rührt aber nicht immer von den unsittlichen Absichten der Parteien her; sie kann auch ihrem Leichtsinn oder ihrer Unerfahrenheit in vermögensrechtlichen Fragen entspringen. Es kann z. B. ein Ehegatte eine Entschädigungssumme versprechen, ohne zu merken, dass deren Leistung ihm schwierig werden wird. Oder es wird eine zu kleine Unterhaltssumme vereinbart, was später zu allerlei Konflikten führt.

Es liegt deshalb in der Pflicht des Richters, jede Konvention zu prüfen,[6]) sie zurückzuweisen, sobald er sie als unsittlich oder unangemessen beurteilt. Bei Vereinbarungen über die Kinderrechte wird er immer darauf achten, ob die Interessen der Kinder gewahrt werden oder nicht.

Ehe", welcher unter anderem ausführt (S. 30 ff): „Die Quelle der Sittlichkeit ist die menschliche Vernunft, oder genauer, derjenige Teil unserer Vernunft, den wir gemeinhin als menschliches Gewissen zu bezeichnen pflegen, speziell in seiner funktionellen Beziehung zu der Gesamtheit der Mitmenschen, so dass bei der Entwicklung der guten Sitten, eine eigentliche Kooperation der sämtlichen Gewissen der in einem bestimmten Kreise zueinander in regelmässigen Lebensbeziehungen stehenden Menschen stattfindet." Fehlt es also an genügender Vernunft, bezw. an genügendem Gewissen bei den Ehegatten, so soll der Richter dazu beitragen, die guten Sitten wieder herzustellen.

[4]) Picot (ZSR n. F. 48, S. 91 a) erwähnt u. a.: „Le juge peut considérer comme immorale une convention qui stipule une indemnité, non pas dans un esprit d'affection et pour le simple désir d'assurer l'avenir de la femme, mais pour obtenir le consentement au divorce. Il peut également se refuser à homologuer un accord qui alloue sans aucune base juridique une indemnité dont le chiffre paraît arbitraire."

[5]) Vgl. BGE 51, II, 118.

[6]) S. § 6 oben.

§ 10. Vereinbarungen über die Scheidung und über das Scheidungsverfahren

I. Vereinbarungen über die Scheidung.

Unser Zivilgesetzbuch kennt keine Scheidung aus gegenseitiger Einwilligung der Ehegatten; ihr Einverständnis in die Scheidung, obwohl auf die tiefe Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses hinweisend, bildet noch keinen Scheidungsgrund. Daher haben Vereinbarungen, in welchen sich die Ehegatten mit der Scheidung einverstanden erklären, gar keine rechtliche Bedeutung;[7]) desgleichen Verträge, welche einen Scheidungsgrund schaffen sollen. Die Normen über die Scheidungsgründe sind zwingender Natur, können also nicht vertraglich abgeändert oder ergänzt werden. Aber auch bei Vorhandensein der materiellen Voraussetzungen der Scheidung darf sich z. B. der schuldlose Ehegatte nicht vertraglich verpflichten, seine Zustimmung in die Scheidung zu geben, oder die Scheidungsklage zurückzuziehen. Solche Verträge verstossen gegen das Persönlichkeitsrecht einerseits, gegen die öffentliche Ordnung und gegen zwingendes Recht anderseits, und sind daher unzulässig.

Allerdings sind in der Gerichtspraxis im allgemeinen solche Vereinbarungen anerkannt, welche bestimmen, dass nur die tiefe Zerrüttung der Ehe geltend gemacht werden soll, nicht aber andere, auch vorhandene spezielle Scheidungsgründe.[8]) Mit Recht sind solche Verträge zulässig, aber nur insoweit als die tiefe Zerrüttung wirklich besteht und nicht erst durch den Vertrag geschaffen wurde, wovon sich der Richter wie in allen Scheidungsfällen zu überzeugen hat, nach Massgabe des Art. 158, Ziff. 1, ZGB.

II. Vereinbarungen über das Scheidungsverfahren.

Gemäss Art. 144 ZGB ist für die Ehescheidungsklage nicht der allgemeine Gerichtsstand des Beklagten massgebend, son-

[7]) Vgl. z. B. BGE 51, II, 118: „le droit des époux de conclure au divorce ou de s'y opposer, touchant à la fois l'état des personnes et la liberté individuelle, doit être en effet considéré comme soustrait au pouvoir de disposition des intéressés."

[8]) Vgl. SJZ 18, S. 297.

dern derjenige am Wohnsitz des klagenden Ehegatten. Nicht nur für die Ehescheidungsklage selbst ist dieser Richter zuständig, sondern auch für die Regelung aller aus der Scheidung fliessenden Folgen. Diese Bestimmung ist zwingendes Recht. Sei es in bezug auf die Durchführung der güterrechtlichen Auseinandersetzung,[9]) sei es in bezug auf die Regelung der Kinderrechte,[10]) immer wieder wird versucht, die Zuständigkeit des Wonsitzrichters des Klägers durch Vereinbarung sachlich oder örtlich einer anderen Behörde zu übertragen; solche Verträge sind aber ungültig. Die Vorschriften über die Zuständigkeit des Gerichtes sind ein Ausfluss der Bestimmungen über die Organisation der Gerichtsbehörden, gehören infolgedessen dem öffentlichen Rechte an. Die Parteien sind nicht befugt, solche durch Vereinbarungen illusorisch zu machen.[11])

Verzichte auf die vom Prozessrecht gewährten Rechtsmittel sind zulässig.[12]) Werden sie vor dem Prozesse vereinbart, so sollen sie sich auf Streitigkeiten beschränken, welche der freien Disposition der Parteien unterstehen.[13]) Daher sind Verzichte vor einem Scheidungsprozesse ungültig, insofern sie sich auf die Scheidung selbst oder ihre im Gesetz zwingend geregelten Folgen beziehen. Für die übrigen Nebenfolgen haben sie nur dann einen Sinn, wenn sie die Entschädigungs-, die Genugtuungssumme oder die güterrechtliche Auseinandersetzung betreffen. Die Unterhaltsrente und die Kinderrechte, welche die clausula rebus sic stantibus in sich tragen,[14]) und wofür das Gesetz eine nachträgliche Abänderung gewährt (Art. 153 und 157 ZGB), ertragen überhaupt keinen Rechtsmittelverzicht. Wird trotzdem ein solcher zwischen den Ehegatten vereinbart, so bleibt er gegenüber den Art. 153 und 157 ZGB wirkungslos.

Wie ist nun ein Rechtsmittelverzicht zu beurteilen, welcher nach ergangenem Urteil abgeschlossen wird? Auch solche sind im allgemeinen zulässig, da sie die sofortige Rechtskrafterklärung

---

[9]) Vgl. ZBJV, Bd. 52, S. 349.
[10]) Vgl. ZBJV, Bd. 55, S. 524.
[11]) Vgl. ZBJV, Bd. 52, S. 349.
[12]) Vgl. Zumbühl, S. 40 ff.
[13]) Vgl. Leuch, Komm. zu Art. 380, N. 2, und zu Art. 333, N. 1.
[14]) Vgl. § 20 unten.

des Urteiles erlauben. Gegenüber Scheidungsurteilen sollen sie aber abgelehnt werden, da sie gegen die Persönlichkeitsrechte verstossen, genau wie vor der Scheidung vereinbarte Verzichte. Die Möglichkeit der Anfechtung eines ungerechten Scheidungsurteils soll jedenfalls erhalten bleiben. Wird sie ausgeschlossen, so kann später ein Ehegatte sich in seinen Pflichten gegenüber sich selbst, gegenüber seinen Kindern, ja sogar gegenüber der Gemeinschaft, verletzt fühlen.

§ 11. Vereinbarungen über den Namen der geschiedenen Frau

Art. 159 ZGB, der bestimmt, dass nach der Scheidung die Frau denjenigen Namen wieder annimmt, den sie vor dem Abschluss der Ehe getragen hat, ist eine Bestimmung öffentlich rechtlicher Natur, ist daher zwingendes Recht. Es kann weder durch Vereinbarung noch durch gerichtliche Verfügung der geschiedenen Frau das Recht eingeräumt werden, den Namen ihres geschiedenen Ehemannes weiterzuführen. Immerhin wird dieser starre Grundsatz sowohl von der Wissenschaft als auch von der Rechtsprechung dadurch einigermassen gemildert, dass er nur für das Aussenverhältnis gelten soll, nicht aber für das Innenverhältnis. So hat das Bundesgericht schon im Jahre 1912 im Urteil vom 26. Juni i. S. Bally ca. Bally,[15]) in welchem eine Parteivereinbarung vorlag, welche unter anderem noch darauf hinwies, die Frau sei berechtigt, den Namen ihres ehemaligen Ehegatten weiterzuführen, gesagt: „Eine solche Vereinbarung kann in dieser allgemeinen Fassung nicht genehmigt werden; Art. 149 ZGB ist eine Bestimmung zwingenden Rechtes. Dagegen kann der Parteivereinbarung rechtliche Wirkung insoweit zukommen, als der Kläger dadurch von vorneherein auf das Recht verzichtet hat, die künftige Führung seines Namens durch die Beklagte gerichtlich anzufechten. Dieser Verzicht widerstreitet der öffentlichen Ordnung nicht und ist für den Kläger verbindlich. Es findet aber nur zwischen den Parteien eine Rechtswirkung statt; den staatlichen Organen und der Oeffentlichkeit gegenüber kann sich die Frau auf die Ermächtigung des Mannes nicht berufen."

[15]) Vgl. BGE 38, II, 63 f.

Später hat das Bundesgericht diese Praxis wieder bestätigt.[16]) Mag sie auch ein wenig zu künstlich scheinen, so soll sie doch angenommen werden. Gemäss Art. 29, Abs. 2, ZGB, kann derjenige, der dadurch beeinträchtigt wird, dass ein anderer sich seinen Namen anmasst, auf Unterlassung dieser Anmassung, sowie bei Verschulden auf Schadenersatz, sogar auf eine Genugtuungssumme klagen. Er kann aber ebensogut auf die Klagen verzichten.[17]) Ein Verzicht des Ehemannes auf Klage bei Weiterführung seines Namens durch seine ehemalige Frau bedeutet unseres Erachtens nichts anderes als ein Verzicht auf die in Art. 29, Abs. 2, ZGB, vorgesehene Klage. Soweit er nur intern gilt, und die öffentliche Ordnung nicht berührt, soll er als zulässig betrachtet werden.

Hält die Ehefrau doch darauf, den ehelichen Namen auch der Oeffentlichkeit gegenüber weiterzuführen, so kann sie versuchen, auf dem Wege der administrativen Namensänderung zum Ziele zu kommen, nie aber durch Parteivereinbarung mit ihrem ehemaligen Ehegatten. Es kommt dann Art. 30 ZGB zur Anwendung, wonach die Aenderung des Namens einer Person von der Regierung ihres Heimatkantons bewilligt werden kann, wenn wichtige Gründe dafür vorliegen. Gelingt es der Frau, „wichtige Gründe" zu beweisen, so wird ihr die Weiterführung bewilligt. Bei Beurteilung der „wichtigen Gründe" sollte aber von den Behörden ein strenger Masstab angelegt werden; sonst könnte die Bestimmung des Art. 149 ZGB leicht illusorisch gemacht werden.[18]) Der Regierungsrat des Kantons Luzern geht daher wohl zu weit, wenn er die Zuweisung der Kinder an die geschiedene Frau als genügend erachtet, um ihr die Weiterführung des ehelichen Namens zu gestatten, damit sie denselben Namen trage wie die Kinder.[19])

---

[16]) Es sagt z. B. in 42, II, 419: „Art. 149 ZGB entgegenstehende Parteivereinbarungen sind unwirksam, soweit es sich um das Verhältnis zu Dritten und zu den staatlichen Organen handelt."

[17]) Vgl. Egger, Komm. zum Personenrecht, 1. Auflage, S. 129.

[18]) Vgl. SJZ 24, S. 295.

[19]) Vgl. SJZ 28, S. 281.

§ 12. Vereinbarungen über die Wartefrist

Auch die Wartefrist, welche nach Art. 150 ZGB dem schuldigen Ehegatten aufzuerlegen ist, ist eine im Interesse der öffentlichen Ordnung aufgestellte Massnahme. Sie ist nur von Amtes wegen auszusprechen und wird jeder Parteidisposition entzogen. Dieser Grundsatz wird in der Gerichtspraxis immer wieder bestätigt.[20]) Es handelt sich ja bei der Wartefrist nicht um eine Bestimmung zum Schutze des schuldlosen oder weniger schuldigen Ehegatten, auch nicht um eine Genugtuung für ihn, über deren Anwendung er verfügen könnte, sondern um eine Forderung der öffentlichen Moral, die es nicht zulässt, dass ein Ehegatte, der durch schuldhafte Verletzung der durch die Ehe begründeten Pflichten, die Zerrüttung der Ehe und damit die Scheidung herbeigeführt hat, in kürzester Zeit eine neue Ehe abschliessen könnte.[21])

---

[20]) Vgl. u. a. SJZ 18, S. 140, 24, S. 137, 19, S. 137, sowie BGE 38, II, 61.
[21]) Vgl. SJZ 24, S. 137.

Zweiter Teil:
Die richterliche Genehmigung

§ 13. Die Zuständigkeit

Nach Massgabe des Art. 158, Ziff. 5, ZGB bedürfen die Scheidungskonventionen zur Rechtsgültigkeit der Genehmigung durch den Richter. Welcher Richter kompetent sei, ist nicht expressis verbis gesagt. Es kann aber nur der Scheidungsrichter in Betracht fallen, da die Nebenfolgen im Scheidungsurteil selbst zu regeln sind. Uebrigens weist das ganze Scheidungsrecht eine starke Einheit des Verfahrens auf, so dass die Genehmigung einer Scheidungskonvention durch einen anderen als den Scheidungsrichter sich nicht auf den allerdings etwas unklaren Text des Art. 158, Ziff. 5, ZGB stützen könnte. So wie der Scheidungsrichter gemäss Art. 145 ZGB die vorsorglichen Massnahmen zu treffen hat, kann auch nur er, in Kenntnis der Verhältnisse der Ehegatten, die Nebenfolgen der Scheidung regeln. Sollte eine andere Instanz in Frage kommen, so wäre es im Gesetz wohl ausdrücklich gesagt.

Eine Lösung erheischt die Frage der Zuständigkeit zu der Genehmigung einer nachträglichen Scheidungskonvention, oder einer solchen, welche während des Verfahrens nicht vorgelegt wurde. Zu dieser Frage verweisen wir auf den § 16.

§ 14. Die Prüfung des Richters

Die vom Art. 158, Ziff. 5, ZGB verlangte richterliche Genehmigung soll keine blosse Förmlichkeit bleiben, da sie ja Konstitutiverfordernis ist. Ihr soll eine Prüfung vorangehen, einmal auf die rechtliche Zulässigkeit der Vereinbarung hin, dann aber auch auf ihre sachliche Angemessenheit.

Bevor aber die richterliche Prüfung näher betrachtet wird, sollen die Motive dargestellt werden, welche ein richterliches Eingreifen in die Privatsphäre der Ehegatten überhaupt rechtfertigen. Zunächst sei noch einmal darauf hingewiesen, dass das ganze Scheidungsrecht von der Offizialmaxime beherrscht wird; wenn also der Richter zur richtigen Durchführung des Prozesses allerlei vom Privatleben der Ehegatten erfahren muss, wenn er oftmals ex officio in ihre privaten Verhältnisse einzudringen hat (man denke z. B. an die nötigen Untersuchungen zum Nachweis der Scheidungsgründe oder zur Regelung der Kinderrechte), so kann man nicht einsehen, warum er von Verträgen der Ehegatten nicht auch Kenntnis nehmen sollte. Uebrigens war der Gesetzgeber durch das ganze Eherecht hindurch besorgt, jede Beeinflussung des einen Ehegatten durch den anderen möglichst zu verhindern.[1]) Zu diesem Zwecke hat er gewisse Rechtsgeschäfte der Ehegatten unter sich einer behördlichen Kontrolle unterstellt, z. B. Geschäfte über das eingebrachte Gut der Ehefrau oder über das Gemeinschaftsgut (Art. 177 ZGB) oder Eheverträge (Art. 181, Abs. 2, ZGB). Dieser Grund hat bei der Bestimmung des Art. 158, Ziff. 5, ZGB gewiss auch mitgespielt; auch hier hat der Gesetzgeber jede Beeinflussung des einen Ehegatten durch den anderen, jede unbillige Belastung, jede Persönlichkeitsverletzung infolge Unkenntnis in geschäftlichen oder rechtlichen Dingen möglichst vermeiden wollen. Aber daneben spielt auch die Wahrung der öffentlichen Interessen eine Rolle. Und zwar soll der Richter nicht nur zur Verhütung unsittlicher Verträge und zum Schutze des sittlichen Gefühles der Allgemeinheit einschreiten, sondern auch zur Vermeidung finanziell unangemessener Verträge, zum Schutze des Staates: bei den Unterhaltsansprüchen sowohl der Kinder als auch der Ehegatten haben wir es mit Verhältnissen zu tun, welche, zwar indirekt, den Staat berühren: ein zu geringer Unterhaltsbeitrag oder ein Verzicht darauf kann nachträglich zur Inanspruchnahme der öffentlichen Armenunterstützung führen.

Der Richter soll die rechtliche Zulässigkeit der Konven-

[1]) Vgl. ZBJV, Bd. 57, S. 418 ff.

tion prüfen: Er darf, wie schon mehrmals erwähnt, Vereinbarungen, welche zum Inhalt die Umgehung einer gesetzlichen Vorschrift haben, nie seine Genehmigung erteilen.[2]) Weiter erstreckt sich die richterliche Prüfung auf die sachliche Angemessenheit. Es hat also der Richter eine Vereinbarung, welche den Verhältnissen der Parteien, sei es den persönlichen, sei es den vermögensrechtlichen nicht entspricht, abzuweisen. Massgebend sind nicht nur die zur Zeit des Verfahrens bestehenden Verhältnisse, sondern es hat der Richter noch diejenigen Tatsachen zu berücksichtigen, welche beim Abschluss der Vereinbarung mitwirkten, sowie die seither eingetretenen Aenderungen. Zur Beurteilung einer Konvention über eine Entschädigung oder Genugtuungssumme (Art. 151 ZGB) soll dazu noch die Verschuldensfrage in Betracht kommen.[3])

Bei Vereinbarungen, wo allein die Interessen beider Ehegatten im Spiele sind, wird die Aufgabe des Richters nicht immer eine leichte sein, da er den Grundsatz der Vertragsfreiheit und der Vertragstreue so weit als möglich zu wahren hat.[4]) Es genügt zur Abweisung einer Konvention keineswegs der Umstand, dass er etwas anderes als das Vereinbarte verfügt hätte. Es muss in jedem Falle ein bestimmter Grund vorliegen, um die Genehmigung zu verweigern.

Seine grösste Sorgfalt muss der Richter wohl allen Konventionen über die Kinderrechte widmen, wo ja vor allem die Interessen der Kinder Berücksichtigung finden sollen. Die Tatsache, dass die Eltern über diese Frage einig seien, ist zwar nicht immer unerheblich, soll aber dem Richter nie genügen, um die Genehmigung zu erteilen. Die Einigkeit beider Elternteile bedeutet ja nicht immer Zweckmässigkeit und Wahrung der Kinderinteressen.[5])

Der Richter soll sich bei der Prüfung einer Scheidungskonvention nicht auf die Vorschriften des Scheidungsrechtes beschränken, sondern hat noch darauf zu achten, dass keine allgemeinen Vorschriften des Privatrechtes, vor allem des Obligationenrech-

[2]) S. §§ 10 bis 12 oben.
[3]) S. § 4 oben.
[4]) Vgl. BGE 60, II, 169.
[5]) S. §6 oben.

tes, verletzt seien. So soll er z. B. bei Vereinbarungen vermögensrechtlicher Art darauf achten, dass sie nicht wucherisch seien (OR 21), bei allen Konventionen, dass sie nicht gegen die guten Sitten verstossen (OR 20).[6])

Es ist aber nicht zu leugnen, dass die Richter oft die an sie gestellten Erfordernisse zur Prüfung einer Scheidungskonvention verkennen. Dies erhellt ohne weiteres aus den in der Praxis immer wieder vorkommenden Fällen, wo eine Scheidungskonvention, wegen Willensmängeln, wegen Unangemessenheit oder wegen Unsittlichkeit angefochten wird. Wäre die richterliche Genehmigung nicht eine blosse Förmlichkeit gewesen, so wären solche Fälle seltener. Daher sollte unseres Erachtens die richterliche Prüfung im Gesetz ausdrücklich verlangt, nicht bloss als Voraussetzung der Genehmigung gedacht werden.

§ 15. Die Natur der richterlichen Genehmigung

Die zur Rechtsgültigkeit der Scheidungskonvention erforderliche, als Rechtsbedingung aufzufassende[7]) richterliche Genehmigung, ist Konstitutiverfordernis. Dies ist die einzige gesetzliche Bestimmung hierüber, sodass viele Fragen offen bleiben:

Welcher Form bedarf die Genehmigung?

Kann man sie nur ausdrücklich erteilen, oder ist eine stillschweigende Genehmigung auch gültig?

Soll sich die Genehmigung auf die ganze Konvention erstrecken, oder ist die Genehmigung nur eines Teiles zulässig?

Heilt sie die allfälligen Mängel der Vereinbarung oder nicht?

a) Die Form der Genehmigung. Darüber bestehen keine Zweifel, dass sie in allen ordentlichen Fällen, d. h. wenn die Scheidungskonvention während des Prozesses dem Richter vorgelegt wird, im Haupturteil selbst erteilt werden muss. Genügt aber eine Anmerkung im Urteilsdispositiv, wie z. B. „Die Konvention der Parteien über die vermögensrechtlichen Nebenfolgen der Scheidung wird gerichlich genehmigt," oder soll der ganze Inhalt aufgenommen werden? Sollte dies der Fall sein, so wäre es im Gesetz ausdrücklich verlangt. Gmür geht

[6]) S. § 9 oben.

[7]) S. § 2 oben.

in seinem Kommentar wohl zu weit, wenn er die Aufnahme des Konventionsinhaltes ins Urteilsdispositiv für diejenigen Nebenfolgen verlangt, die der Richter ex officio zu beurteilen hat, also für die Vereinbarungen über die Kinderrechte.[8]) Dass eine solche Aufnahme zur Vermeidung späterer Konflikte zu wünschen wäre, lässt sich nicht verneinen. Doch wird sich eine Partei nie darauf berufen können, es sei der Inhalt der Konvention nicht aufgenommen worden, um die Ungültigkeit derselben zu begründen. Die Aufnahme des Inhalts ins Urteilsdispositiv bildet keine Voraussetzung zur Gültigkeit einer Scheidungskonvention.

b) Dagegen muss man verlangen, dass die Genehmigung ausdrücklich erteilt werde; es darf ein blosser Hinweis im Urteil, dass die Parteien über die oder die Nebenfolge der Scheidung einig seien, nicht als genügend betrachtet werden, dies zur Vermeidung späterer Konflikte: Die ausdrückliche Genehmigung setzt wenigstens die Kenntnisnahme der Scheidungskonvention seitens des Richters voraus. Eine „stillschweigende" Genehmigung, wie sie das Zürcher Obergericht anerkannte,[9]) soll daher unzulässig sein.

c) In der gerichtlichen Praxis wird immer wieder darauf hingewiesen, eine Scheidungskonvention könne nur in ihrer Gesamtheit genehmigt werden, die Genehmigung einzelner Klauseln derselben sei unzulässig.[10]) Diesem Grundsatze können wir nicht ohne weiteres beipflichten. Eine Vereinbarung bildet eine Einheit, wird dementsprechend nur in ihrer Gänze genehmigt werden können, insofern sie sich auf gleichartige Nebenfolgen der Scheidung bezieht. In dem Sinne können wir, entsprechend den Ausführungen über die gültigen Scheidungskonventionen, zwischen Vereinbarungen über eine Entschädigungssumme, über eine Genugtuungssumme, über einen Unterhaltsbeitrag, über die gerichtliche Auseinandersetzung und über die Kinderrechte unterscheiden. Nur insofern als die Konvention den einen oder anderen dieser Punkte betrifft, kann sie als eine Einheit angesehen werden. Erstreckt sie sich dagegen auf mehrere Neben-

[8]) Vgl. Komm. Gmür zu Art. 158, Ziffer 5, ZGB, N. 23a.
[9]) Vgl. Bl. ZR 27, Nr. 60 .
[10]) Vgl. u. a. BGE 62, II, 5 und SJZ 35, S. 10.

folgen, so darf man sie nicht mehr als eine „Einheit" betrachten, also nur als solche genehmigen. Entgegen der konstanten Gerichtspraxis würden wir es zulassen, dass die Genehmigung nur dem einen Punkt versagt wird, weil dieser nicht der freien Disposition der Parteien unterstand oder weil er unangemessen oder unsittlich ist; man sieht nämlich nicht ein, warum der Richter sich an eine gerechte Regelung der Nebenfolgen durch die Ehegatten nicht halten sollte, nur deshalb, weil eine Klausel der Vereinbarung ungerechtfertigt war. Dieser Schluss lässt sich per analogiam aus Art. 20, Abs. 2, OR ziehen, der bestimmt: „Betrifft der Mangel bloss einzelne Teile des Vertrages, so sind nur diese nichtig, sobald nicht anzunehmen ist, dass er ohne den nichtigen Teil überhaupt nicht geschlossen worden wäre."

d) Im dritten Paragraphen haben wir ausgeführt, die Scheidungskonvention bleibe trotz der richterlichen Genehmigung ein Privatvertrag der Ehegatten. Das gerichtliche Mitwirken übt gar keinen bestimmenden Einfluss auf den Abschluss der Konvention aus. Der Vertragsinhalt, der allein für die Parteien verbindlich wird, hängt einzig und allein von ihnen ab. Die Mitwirkung des Richters beschränkt sich auf die Genehmigung, die allerdings eine Prüfung voraussetzt. Soll nun diese Prüfung jede Möglichkeit von Willensmängeln ausschliessen? Im vorgehenden Paragraphen haben wir ja gesehen, dass die Prüfung des Richters öfters eine blosse Förmlichkeit bleibt. Schon daraus erklärt sich die nicht heilende Wirkung der richterlichen Genehmigung. Aber auch, wenn man immer mit einer pflichtgemässen Prüfung des Richters rechnen könnte, wäre das Resultat kein anderes. Es können ja dem Richter stets Tatsachen unbekannt bleiben, sei es zufälligerweise, sei es aus Absicht der Parteien, welche seine Entscheidung erheblich beeinflusst hätten. Der Ausschluss jedes Mangels durch die richterliche Genehmigung würde eine ungerechte Gefährdung der persönlichen Rechte der Parteien mit sich bringen, was keinesfalls in den Absichten des Gesetzgebers lag.

e) Ergänzungsweise sei am Schluss der Ausführungen über die richterliche Genehmigung noch deren besondere Wirkung auf Konventionen betreffend die Verteilung des ehelichen Vermö-

gens, insbesondere die Verteilung von Grundstücken, angedeutet. Da die Konvention ausdrücklich im Urteil genehmigt wird, so nimmt sie auch an dessen Rechtskraft teil.[11]) Demgemäss kann der durch die Konvention ein Grundstück erwerbende Ehegatte, nach Massgabe des Art. 665 Abs. 2, ZGB die Eintragung des erworbenen Grundstückes von sich aus erwirken.

§ 16. Die Genehmigung nachträglicher Konventionen und die Genehmigung im Scheidungsverfahren nicht vorgelegter Konventionen

Art. 158, Ziff. 5, ZGB ist insoweit unklar, als er von „Vereinbarungen über die Nebenfolgen der Scheidung" spricht, die zur Rechtsgültigkeit „der Genehmigung durch den Richter" bedürfen. Vom Zeitpunkt des Abschlusses solcher Vereinbarungen sagt er nichts, so wenig wie vom Zeitpunkt ihrer Genehmigung. Oben haben wir gesehen,[12]) dass in solchen Fällen, wo die Konvention vor dem Scheidungsverfahren oder im Laufe dieses abgeschlossen wurde, immer der Scheidungsrichter zu deren Genehmigung zuständig ist. Was geschieht nun aber mit solchen Vereinbarungen, welche erst nach gefälltem Urteil abgeschlossen werden und mit solchen, welche zwar während des Verfahrens schon bestanden, aus irgend einem Grunde dem Richter aber nicht vorgelegt wurden? Obwohl die Bestimmung des Art. 158, Ziff. 5, ZGB unter dem Randtitel „Scheidungsverfahren" steht, wäre es unrichtig, daraus zu schliessen, dass nur die regelmässigen Scheidungskonventionen darunter fallen.[13])

Bevor auf die Untersuchung der Frage eingetreten wird, sei ein Blick auf die Gerichtspraxis geworfen, welche mangels einer klaren Bestimmung des Gesetzes die auffallendsten Gegensätze aufweist. So führt das Bundesgericht im Urteil i. S. Freistener ca. Zürich und Tessin (28. Juni 1918),[14]) wo die Parteien aus Rechtsunkenntnis die Scheidungskonvention während des Verfahrens dem Richter nicht zur Genehmigung vorlegen und

[11]) S. den Anhang.

[12]) S. § 13 oben.

[13]) Anderer Ansicht ist das Bundesgericht, vgl. BGE 47, II, 243.

[14]) Vgl. BGE 44, I, 155.

diese nachträglich einholen wollten, folgendes aus: „Sowohl die Ordnung der Nebenfolgen der Scheidung auf dem Wege des Richterspruches gemäss Art. 151 ff. ZGB, als die Bestätigung einer dahingehenden Vereinbarung, ist eine notwendige Konsequenz, ein integrierender Bestandteil des Scheidungsurteiles selbst. Es folgt daraus einmal, dass hiefür nur der Richter des Scheidungsprozesses selbst zuständig sein kann, und sodann, dass ein Scheidungsurteil, in welchem der Richter es unterlassen hat, entweder selbst die Nebenfolgen der Scheidung zu ordnen, oder die bezügliche Parteivereinbarung zu bestätigen, einen Mangel aufweist, der durch den Scheidungsrichter nachträglich aufgehoben werden muss." Drei Jahre später, im Urteil i. S. Sieber ca. Gull (26. Oktober 1922) behauptete dagegen das Bundesgericht:[15]) „Il coniuge che in questo procedimento ha omesso di domandare la ratifica di una convenzione sul risarcimento dovrà quindi essere considerato trattato come quella che, in assenza di una convenzione, ha implicitamente rinunciato a domandare un indennizzo omettendo di farne oggetto di speciali conclusioni. I due casi sono analoghi e non consentono soluzione diversa, il che vale a dire che anche quando deve avvenire sotto la forma di ratifica di una convenzione, un giudizio sul risarcimento non può essere più promosso tosto che la sentenza di divorzio sia diventata definitiva." Später wurde das Bundesgericht nachgiebiger und sagte im Urteil vom 10. März 1938 i. S. Franscella-Wehrmüller ca. Dubacher:[16]) „Una convenzione stipulata in vista del divorzio per regolare i rapporti patrimoniali dei coniugi è efficace solo se il giudice del divorzio la ratifica. Ma, a divorzio avvenuto, i coniugi possono confermare la convenzione, sia esspressamente, sia mediante atti concludenti, e renderla cosi efficace."

Aber nicht nur bezüglich vergessener Scheidungskonventionen herrscht eine solche Unordnung, sondern auch bezüglich nachträglicher Vereinbarungen. Im Urteil vom 30. Juni 1921 i. S. Reber ca. Bonadurer gesch. Reber[17]) stellt sich das Bundesgericht auf folgenden Standpunkt: „Vereinbarungen, die geschie-

[15]) Vgl. BGE 47, II, 371.
[16]) Vgl. BGE 64, II, 63.
[17]) Vgl. BGE 47, II, 243.

dene Ehegatten nach vollzogener Scheidung über die Nebenfolgen miteinander eingehen, bedürfen der gerichtlichen Genehmigung nicht." Diesen largen Grundsatz hat es aber im Urteil vom 22. November 1935 i. S. Hagnauer ca. Ducrey-Heer [18]) eingeschränkt: „La ratification judiciaire est indispensable à la validité des conventions relatives à l'exercice de la puissance paternelle et aux relations personnelles entre parents et enfants, même si ces conventions ont été conclues postérieurement au jugement du divorce." In einem neueren Entscheid hat das Bundesgericht seine Stellung bestätigt: [19]) „Selon l'article 158, chiff. 5, Ccs, la ratification du juge est nécessaire, parce que ces questions (es handelt sich um die Regelung der Kinderrechte) touchent directement à l'ordre public, les autres (die Leistungen unter den Ehegatten, Art. 151 und 152 ZGB und die güterrechtliche Auseinandersetzung) pour parer au danger qu'une partie n'exploite la situation née du procès pour amener l'autre à accepter un arrangement contraire à ses intérêts. Ce danger n'existe plus, une fois la procédure terminée. Une ratification postérieure pour les sommes découlant des art. 151 et 152 Ccs ainsi que pour les arrangements concernant le bien commun ne paraît donc pas indispensable."

Ferner sei noch auf zwei Urteile des Obergerichtes des Kantons Genf hingewiesen, die ein treffendes Beispiel für die eben angedeutete Unordnung bilden: In einem Urteil vom 10. Oktober 1933 sagte es: [20]) „Eine vor der Scheidung von den Ehegatten getroffene Vereinbarung betreffend den Unterhalt der Ehefrau bedarf zu ihrer Gültigkeit der Genehmigung durch den Richter. Die Ungültigkeit wird nicht dadurch geheilt, dass der Mann die vereinbarte Pension jahrelang anstandslos ausbezahlt hat." Acht Monate später hatte das selbe Gericht seine Ansicht aber abgeändert: „Eine vor der Scheidung unter den Ehegatten abgeschlossene Vereinbarung über die Nebenfolgen, die vom Richter nicht genehmigt wurde, wird gültig, wenn die Parteien sie nach eingetretener Rechtskraft des Urteiles bestätigen." [21])

[18]) Vgl. BGE 61, II, 225 .
[19]) Vgl. BGE 67, II, 6.
[20]) Vgl. SJZ 31, S. 62.
[21]) Vgl. SJZ 32, S. 85.

Uebrigens schlagen auch die Kommentatoren verschiedene Wege ein zur Beantwortung der Frage einer nachträglichen Genehmigung: Gmür sieht eine solche immer vor, ausgenommen, wenn der spätere Vertrag sich auf die güterrechtliche Auseinandersetzung bezieht.[22]) Egger verlangt eine nachträgliche Genehmigung nur für Vereinbarungen über die Kinderrechte.[23]) Rossel und Mentha sind dagegen der Ansicht, es sei für nachträgliche Konventionen überhaupt keine Genehmigung erforderlich.[24])

Zur näheren Beurteilung der Frage der nachträglichen Genehmigung müssen wir (was übrigens aus der Ueberschrift des Paragraphen erhellt) zwischen nachträglichen Konventionen im eigentlichen Sinne und Konventionen, welche dem Richter nicht vorgelegt wurden, unterscheiden.

1. Nachträgliche Konventionen im eigentlichen Sinne. Auch hier lässt sich keine allgemeine Ordnung treffen; es muss einmal unterschieden werden, ob die nachträgliche Vereinbarung Nebenfolgen betrifft, welche im Prozesse ungeregelt blieben, oder ob sie die Abänderung einer im Prozesse geregelten Frage anordnet.

a) Wie schon mehrmals bemerkt, obliegt dem Richter während des Scheidungsprozesses nicht nur die Pflicht, sich über die Scheidung der Ehe auszusprechen, sondern, falls auf Scheidung anerkannt wird, noch über bestimmte Nebenfolgen derselben eine Ordnung zu treffen. Ordentlicherweise tut er es im Scheidungsverfahren selbst; geschieht dies aus irgendwelchem Grunde nicht, so soll ein Nachverfahren wohl zulässig sein, gegebenenfalls auch eine nachträgliche Vereinbarung. Es sei nun anhand der einzelnen Nebenfolgen betrachtet, ob eine solche nachträgliche Vereinbarung der richterlichen Genehmigung bedürftig sei oder nicht.

Die in den Art. 151 und 152 vorgesehenen Leistungen werden vom Richter nicht ex officio ausgesprochen,[25]) sondern nur auf

[22]) Vgl. Komm. zu Art. 158, Ziffer 5, ZGB, N. 24 b.
[23]) Vgl. Komm. zu Art. 158, Ziffer 5, ZGB N. 16.
[24]) Vgl. S. 278.
[25]) S. § 4 oben.

Antrag der Parteien. Geschieht es nun, dass aus Rechtsunkenntnis die berechtigte Partei keinen solchen stellt, — was der Richter dadurch vermeiden sollte, dass er auf die verschiedenen Ansprüche aufmerksam machen würde — so erscheint eine nachträgliche Vereinbarung zweifellos als zulässig; auch wenn keine Ansprüche auf die in den Art. 151 und 152 ZGB vorgesehenen Leistungen erhoben werden, so darf dies nicht ohne weiteres als ein Verzicht darauf aufgefasst werden. Eine solche nachträgliche Vereinbarung bedarf aber der richterlichen Genehmigung. Es spricht dafür nicht nur der Umstand, dass die Entschädigungs- und Genugtuungsansprüche vom Schuldmoment stark abhängig sind, über welches der Richter ja gerechter urteilen kann als die Ehegatten selbst, sondern auch die Tatsache, dass nach vollzogener Scheidung der eine Ehegatte auf den anderen noch Einfluss haben kann, und dass nach vollzogener Scheidung unangemessene und unsittliche Vereinbarungen getroffen werden können. Die Tatsache, dass die Parteien durch die Scheidung ihre volle Unabhängigkeit wieder erlangt haben, genügt nicht, um diese Gefahren auszuschalten.

Wir haben schon darauf hingewiesen, dass die güterrechtliche Auseinandersetzung in einem vom Scheidungsprozess separaten Verfahren gültig geregelt werden könne.[26]) Daher ist eine nachträgliche Vereinbarung über diese ohne weiteres zulässig. Aber auch hier erscheint die richterliche Genehmigung erforderlich, aus denselben Gründen, die bei einer regelmässigen Konvention massgebend sind.[27]) Es kann die nachträgliche Genehmigung nicht deswegen verweigert werden, weil die Ehegatten durch die Scheidung die uneingeschränkte Handlungsfähigkeit wieder erlangt haben;[28]) denn trotz dieser kann aus Rechtsunkenntnis der einen Partei oder aus Leichtsinn eine ungerechte Vereinbarung entstehen. Der Schutz, den Art. 158, Ziff. 5, der schwächeren Partei gewährt, soll nicht dadurch illusorisch gemacht werden, dass der eine Ehegatte, ja sogar beide, absichtlich die Regelung, sei es der oben besprochenen Leistungen, sei es der güterrechtlichen Auseinandersetzung, nicht während des Schei-

[26]) S. § 3 oben.
[27]) S. § 3 oben, sowie § 5.
[28]) Vgl. ZBJV 57, S. 418.

dungsverfahrens vornehmen, um sie nachher frei vereinbaren zu können.

Was endlich die Kinderrechte anbelangt, so erhellt schon aus der Natur dieser Nebenfolge, die ja der Offizialmaxime untersteht, dass nachträgliche Vereinbarungen hierüber, wenn solche überhaupt möglich sind, auf alle Fälle einer richterlichen Prüfung und Genehmigung bedürfen. Da es die unbedingte Pflicht des Richters ist, von sich aus im Scheidungsverfahren die nötigen Erhebungen zu machen und im Urteil eine Ordnung der Kinderrechte zu treffen, sollten nachträgliche Vereinbarungen zu deren Regelung nicht vorkommen.[29])

Wie die nachträgliche Genehmigung bei den einzelnen Nebenfolgen aus den gleichen Gründen erforderlich ist wie bei den ordentlichen Konventionen, so soll auch derjenige Richter zu deren Erteilung zuständig sein, der die Nebenfolgen hätte regeln sollen. Es liegt gar kein Grund vor, einen anderen als den Scheidungsrichter kompetent zu erklären.

b) Nachträgliche Konventionen zur Abänderung einer im Scheidungsurteil geregelten Nebenfolge. Von Gesetzes wegen wird die Möglichkeit der Abänderung einer in Rentenform festgesetzten Entschädigungs-, Genugtuungs- oder Unterhaltssumme (vgl. Art. 153 ZGB), sowie der Abänderung der Kinderrechte (vgl. Art. 157 ZGB) gewährt. Da die Abänderung selbst in einem weiteren Paragraphen zu erörtern ist,[30]) sei hier nur hervorgehoben, dass sie auch in Form eines Vertrages getroffen werden kann, welcher dann allerdings der gerichtlichen Genehmigung bedarf.

Die im Scheidungsurteil in Kapitalform festgesetzte Entschädigungs- und Genugtuungssumme ist unabänderlich.[31]) Treffen nach rechtskräftigem Urteil die Parteien eine diesem widersprechende Ordnung, so soll sie nur intern wirken; sie können keine richterliche Genehmigung verlangen, können sich an sie nur solange halten, als sie einig bleiben. Entsteht Streit über diese Vereinbarung, so kann sie vom Richter nur als ungültig beurteilt werden, und die Parteien werden sich an das ursprüngliche Schei-

[29]) Vgl. auch Stauffer, S. 42.
[30]) S. § 20, I. unten.
[31]) S. § 20, I, unten.

dungsurteil halten müssen. Die gleiche Folge bringt eine nachträgliche Vereinbarung über die güterrechtliche Auseinandersetzung mit sich.

2. Während des Scheidungsverfahrens nicht vorgelegte Konventionen. Sie können einerseits aus Absicht dem Richter nicht unterbreitet werden, anderseits aus Rechtsunkenntnis.

Schon vor dem Prozess abgeschlossene und dem Richter nicht vorgelegte Konventionen über die Nebenfolgen der Scheidung können sich nur auf die Leistungen unter den Ehegatten oder auf die güterrechtliche Auseinandersetzung beziehen, da der Richter die Kinderrechte ex officio zu regeln hat. Hinsichtlich jener Vereinbarungen begnügt sich allerdings der Richter oft mit einer Erklärung der Ehegatten, dass sie über diese Fragen einig seien. Eine solche Erklärung wird ins Protokoll aufgenommen, ohne dass eine dahinter steckende Vereinbarung der Parteien dem Richter zu Kenntnis kommt.

Wurde die Konvention aus Rechtunkenntnis nicht vorgelegt, oder vergass es der Richter, die Genehmigung zu erteilen, so bleibt die Konvention nach eingetretener Rechtskraft des Urteiles nur so lange gültig, als der Mangel der fehlenden Genehmigung nicht aufgedeckt wird. Es wird sich eine Partei nicht darauf berufen können, um die Konvention aufzuheben; die schon geleisteten Summen werden keinesfalls zurückgefordert werden können; haben die Parteien den Mangel entdeckt, so werden sie unverzüglich eine nachträgliche Genehmigung, und zwar beim Scheidungsrichter verlangen müssen, ansonst die Konvention ungültig ist. Eine ausdrückliche Bestätigung der Parteien vermag die richterliche Genehmigung nicht zu ersetzen, da sie ja die etwaigen Mängel nicht entdecken kann.

Anders nun, wenn die Genehmigung des Richters absichtlich nicht verlangt wurde. Die Täuschungsabsicht der Parteien soll darin ihre Bestrafung finden, dass eine nachträgliche Genehmigung niemals gefordert werden kann. Die Gültigkeit der Vereinbarung dauert fiktiv solange als die Parteien einig bleiben. Entsteht einmal Streit unter ihnen, so wird sich der Richter keinesfalls an die Konvention halten müssen, sondern selber eine Ordnung treffen, falls sie ihm notwendig erscheint.

§ 17. Die Rechtwirksamkeit der Konvention vor der richterlichen Genehmigung.

Aus den Ausführungen über die rechtliche Natur der Scheidungskonvention[32]) erhellt ohne weiteres, dass nach Abschluss des Rechtsgeschäftes für die Ehegatten eine vertragliche Bindung besteht, zwar unter dem Vorbehalt der richterlichen Genehmigung. Sowie Verträge der Ehegatten über das eingebrachte Gut der Ehefrau oder über das Gemeinschaftsgut (Art. 177 ZGB), welche zur Rechtsgültigkeit der Zustimmung der Vormundschaftsbehörde bedürfen, sowie Rechtsgeschäfte einer entmündigten oder unmündigen Person, welche zur Rechtsgültigkeit der Zustimmung der Vormundschaftsbehörde oder des gesetzlichen Vertreters bedürfen (Art. 19, Abs. 1, ZGB), bis zur Erteilung der Genehmigung in der Schwebe bleiben, so ist auch die noch nicht genehmigte Scheidungskonvention ein negotium claudicans, welches zwar den Parteien noch keine Rechte oder Pflichten gewährt, an welches sie aber gebunden sind. Es besteht kein einseitiges Widerrufsrecht. Die Scheidungskonvention kann nur nach den allgemeinen Grundsätzen des Obligationenrechtes aufgehoben werden oder erlöschen, so z. B. durch Uebereinkunft (Art. 115 OR) oder durch Unmöglichwerden einer Leistung (Art. 119 OR). „Indem das Gesetz „Vereinbarungen" der Parteien über die Nebenfolgen der Scheidung zulässt und lediglich die Genehmigung vorbehält," sagt das Bundesgericht[33]) „setzt es die Möglichkeit einer vertraglichen Bindung voraus, nur eben unter dem erwähnten Vorbehalt." Immerhin besteht für die Partei, welche die Aufhebung der Konvention wünscht, die Möglichkeit, dem Richter die Verweigerung der Genehmigung zu beantragen, welcher dann zu prüfen hat, ob die vorgebrachten Gründe die Ablehnung rechtfertigen. Ein solcher Grund liegt z. B. vor, wenn die Verhältnisse sich seit dem Abschluss der Konvention so geändert haben, dass sie einer Abänderung des Scheidungsurteiles nach Art. 153 oder 157 ZGB rufen würden, wenn sie erst nach rechtskräftiger Beurteilung eingetreten wären.[34])

Es ist daher unrichtig, die Scheidungskonvention als einen

[32]) S. § 2 oben.

[33]) Vgl. BGE 60, II, 169.

[34]) Vgl. SJZ 33, S. 216.

gemeinsamen Antrag der Parteien an den Richter, die Verhältnisse nach ihrem gemeinsamen Vorschlag zu regeln, zu bezeichnen,[35]) dem ausserhalb des Prozesses keinerlei Bedeutung zukomme, und über den der Richter in gleicher urteilsmässiger Weise abspreche, wie über andere Anträge. Der Richter ist an eine Scheidungskonvention ihrer privatrechtlichen Natur wegen stärker gebunden als an eine einfache Parteierklärung, welche für ihn gemäss Art. 158, Ziff. 3, ZGB überhaupt unverbindlich ist. Er kann eine Vereinbarung nur unter ganz bestimmten Voraussetzungen abweisen, nämlich wenn sie eine Gesetzesvorschrift umgeht, wenn sie unangemessenen oder unsittlichen Inhaltes ist. Der in Art. 158, Ziff. 4, ZGB dem Richter eingeräumte Grundsatz der freien Beweiswürdigung kommt bei Scheidungskonventionen nicht in Betracht.

---

[35]) Vgl. BGE 60, II, 80, sowie Weiss, 2. Auflage, Nr. 1484.

Dritter Teil:
Die Abänderung und die Anfechtung der Scheidungskonvention

§ 18. Allgemeines

Die Ehescheidung trennt die Ehegatten insoweit, als sie jedes persönliche, eheliche Band abschafft. Daneben bleiben in fast allen Fällen Beziehungen bestehen: einerseits vermögensrechtlicher Art, wenn der eine Ehegatte eine Entschädungs-, Genugtuungs- oder Unterhaltssumme zu entrichten hat, anderseits sogar persönlicher Art, in bezug auf die Kinder. Es kann nun geschehen, dass die verpflichtete Partei nach vollzogener Scheidung nicht mehr imstande ist, die im Urteil ausgesprochene Summe zu leisten, oder dass die im Prozess getroffene Regelung der Kinderrechte mit der Zeit nicht mehr befriedigt.

Soweit es sich um die Unterhaltsrente eines bedürftigen Ehegatten, um die in Form einer Rente versprochene Entschädigung oder Genugtuung (was äusserst selten vorkommt) oder um die Regelung der Kinderrechte handelt, haben wir es mit Verhältnissen zu tun, welche unter Vorbehalt der clausula rebus sic stantibus gerichtlich geregelt werden, welche also trotz rechtskräftigem Urteil veränderlich bleiben.[1]) Unser Gesetz gewährt ihnen daher in den Art. 153 und 157 die Möglichkeit einer nach-

[1]) Vgl. BGE 39, II, 21: L'obligation alimentaire, même consacrée par un jugement passé en force de chose jugée, ne comporte aucun règlement définitif de la situation des parties, qui reste essentiellement variable, les besoins du créancier pouvant à tout moment se modifier, comme aussi les facultés du débiteur. C'est pour cette raison que la doctrine et la jurisprudence ont constamment reconnu que ni les conventions des intéressés, ni les jugements rendus à cet égard, ne fixent invariablement leurs droits et leurs obligations.

träglichen Abänderung, über deren Umfang in einem weiteren Paragraphen die Rede sein wird.[2])

Es erhebt sich nun aber die Frage, ob ein Unterschied zu machen sei, je nachdem die abzuändernden Leistungen oder Rechte vereinbarungsmässig oder durch richterlichen Spruch festgesetzt wurden. Das Gesetz selbst macht keinen Unterschied: Art. 153, Abs. 1, ZGB bestimmt: „Wird als Entschädigung, Genugtuung oder Unterhaltsbeitrag durch das Urteil oder durch Vereinbarung eine Rente festgesetzt..." Der zweite Absatz desselben Artikels, der über die Abänderung der Unterhaltsrente legiferiert, spricht weder von einem Urteil noch von einer Vereinbarung, sondern nur von einer „ausgesetzten Rente", woraus zu folgern ist, dass er in Analogie zum ersten Absatz die Vereinbarung dem Urteil gleichsetzt. Auch für Art. 157 ZGB gilt die Gleichstellung: Die Abänderung der Kinderrechte soll ebensogut gegenüber einer vertraglichen Regelung als gegenüber einer gerichtlichen vorbehalten sein. Jede Begünstigung, sei es des Urteiles, sei es der Vereinbarung, in dem Sinne, dass es gegenüber dem andern eine grössere Rechtswirksamkeit geniessen würde, widerspricht jedem Rechtsempfinden.

Die Gleichstellung der Vereinbarung mit dem Urteil darf nicht durch einen Verzicht auf Abänderung beschränkt werden, was wir schon oben angedeutet haben: vgl. § 10, II.[3])

Die Entschädigung bei Beeinträchtigung der Vermögensrechte oder Anwartschaften, sowie die Genugtuungssumme sind in ihrem

---

[2]) Von Wyss (SJZ 14, S. 68 f) schränkt mit Recht die Kraft der clausula sic stantibus wie folgt ein: „Es wird die Auffassung vertreten, solche Urteile seien nur beschränkter Rechtskraft fähig, indem sie bloss für die tatsächlichen Verhältnisse bei Ausfällungen des Urteiles, rebus sic stantibus, gelten. Demgegenüber ist zu sagen, dass das Urteil auch trotz eingetretener Veränderung der Verhältnisse seine Wirksamkeit mindestens so lange behält, als das Abänderungsgesuch noch nicht erhoben ist; es ist keine Vorschrift vorhanden, durch die bestimmt würde, dass der Aenderungsbeschluss das Urteil mit Wirkung ex tunc beseitigen würde; es trifft auch nicht zu, dass eine später eintretende Veränderung der Verhältnisse das Urteil von selbst seiner Wirksamkeit entkleiden würde. Der spätere Richter ist an das frühere Urteil gebunden solange ihm nicht eine erhebliche Veränderung der Verhältnisse zur Ueberzeugung nachgewiesen ist."

[3]) Gegenteiliger Ansicht ist Gmür, vgl. Komm. zu Art. 153, N. 13 a.

Quantitativ unveränderlich[4]) und können später weder herabgesetzt werden, wenn sich die vermögensrechtlichen Verhältnisse der verpflichteten Partei ungünstig verändern,[5]) noch erhöht werden, wenn sich diese Verhältnisse verbessern, oder diejenigen der berechtigten Partei sich verschlimmern. Dies geht ohne weiteres aus der Natur dieser zwei Leistungen hervor, welche einerseits Vermögensverluste ersetzen, anderseits wegen einer Verletzung der Persönlichkeit Genugtuung verschaffen sollen.

§ 19. Die Zuständigkeit bei den Abänderungsverfahren der Art. 153 und 157 ZGB

I. Den zur Aufhebung oder Herabsetzung eines Unterhaltsbeitrages kompetenten Richter bestimmt Art. 153 ZGB nicht. Mit der konstanten Rechtspraxis und der Literatur[6]) sind wir der Ansicht, es könne nur der gewöhnliche Richter, also derjenige der beklagten Partei, in Frage kommen, nicht etwa der frühere Scheidungsrichter. Wäre dieser zuständig, so würde es im Gesetz ausdrücklich gesagt worden sein; im übrigen sprechen für diese Lösung die gleichen Gründe, die unten bei der Besprechung der Zuständigkeit hinsichtlich einer Abänderung der Kinderrechte angeführt werden.

II. Die Zuständigkeit bei einem Abänderungsverfahren im Sinne des Art. 157 ZGB:

a) Die sachliche Zuständigkeit. Art. 157 ZGB spricht vom „Richter". In der Praxis sind aber schon Fälle entschieden worden, wo die Vormundschaftsbehörde zur Abänderung der Kinderrechte als zuständig erklärt wurde, gestützt auf die Art. 283 ff. ZGB, wonach die Vormundschaftsbehörde bei pflichtwidrigem Verhalten der Eltern die zum Schutze der Kinder geeigneten Vorkehrungen zu treffen hat. Das Bundesgericht hat nur in seltenen Fällen die Zuständigkeit der Vormundschafts-

[4]) Vgl. Gmür, Komm. zu Art. 151 ZGB, N. 14.

[5]) Vgl. ZBJV 52, S. 437.

[6]) Vgl. Gmür, Komm. zu Art. 153 ZGB, N. 15, Egger, Komm. zu Art. 153 ZGB, N. 7, Rossel et Mentha, S. 269. Dagegen behauptet Stauffer, es sei der Richter am Wohnsitz des Klägers, gemäss Art. 144 ZGB zuständig, vgl. S. 55.

behörde anerkannt,[7]) so z. B. im Urteil vom 7. März 1930 i. S. Fähnrich ca. Vormundschaftsbehörde Zürich[8]), wo es zwischen notwendigen und nicht notwendigen Folgen der Scheidung unterscheidet; die ersteren liegen in der Kompetenz des Richters, die letzteren in derjenigen der vormundschaftlichen Behörde. Man denke aber an alle Streitigkeiten, welche eine solche Unterscheidung mit sich bringen muss. Art .157 ZGB, der vor allem das Wohl und die Interessen der Kinder zu schützen hat, verlangt Klarheit hinsichtlich des Verfahrens, welche nur dann erreicht werden kann, wenn man sich an eine einzige Behörde wenden muss. Art. 157 ZGB erwähnt ausdrücklich den Richter, daher soll man nur ihn anrufen können.

b) Die örtliche Zuständigkeit. Art. 157 ZGB ist insoweit unklar, als er nur vom „Richter" spricht, nicht aber erklärt, ob er den früheren Scheidungsrichter, den Wohnsitzrichter der beklagten Partei oder den für die Scheidung selbst kompetenten Richter des Wohnsitzes des Klägers meint. Schon kurz nach dem Inkrafttreten des ZGB entstanden Kompetenzkonflikte, da einige Kantone in ihren Einführungsgesetzen zum ZGB den Gerichtsstand für Art. 157 ZGB bestimmten,[9]) und zwar waren nicht überall die gleichen Gerichtsstandsnormen angewendet worden. Immerhin nahmen die meisten Kantone an, der Gerichtsstand sei durch Art. 157 ZGB bundesrechtlich geregelt. Im Jahre 1916 entschied das Bundesgericht, es sei im Falle eines interkantonalen Konfliktes der Richter am Wohnsitze des Beklagten zuständig.[10]) Aber nicht nur in interkantonalen Kompetenzkonflikten sei er zuständig, sondern auch bei Konflikten innerhalb des Kantons selbst, erklärte das Bundesgericht vier Jahre später.[11]) Für diese Lösung, welche uns auch die richtige scheint, sprechen mehrere Gründe:

Würde der in Art. 144 ZGB für die Scheidung selbst kom-

---

[7]) Vgl. 48, II, 303; 51, II, 3; 53, II, 193; 54, II, 71, wo als einzige zuständige Behörde ein Gericht anerkannt wird,

[8]) Vgl. BGE 56, II, 79.

[9]) Vgl. u. a. Zürcher E. G., zum ZGB, § 12 und Art. 69 des E. G. von St. Gallen.

[10]) Vgl. BGE 42, I, 330.

[11]) Vgl. BGE 46, II, 333.

petent erklärte Richter auch für das Abänderungsverfahren im Sinne von Art. 157 ZGB zuständig sein, so hätte man weiter zu unterscheiden, ob das Abänderungsverfahren als „Wiederaufnahme“ [12]) aufzufassen sei, (es wäre dann der Richter, welcher die Scheidung ausgesprochen hat, zuständig) oder als Scheidungsprozess im weiteren Sinne, [13]) also als neuer Prozess über eine Scheidungsfolge, in welchem Falle der Richter am Wohnsitz des Klägers kompetent wäre. Eine solche Unterscheidung ist höchst unerwünscht.

Beim Scheidungsprozess waren die zur Zeit der Scheidung bestehenden Verhältnisse massgebend. Der Scheidungsrichter kennt nur sie. Um eine Abänderung im Sinne des Art. 157 ZGB zu verlangen, müssen ja die Parteien eine Abänderung der Verhältnisse geltend machen. Der frühere Scheidungsrichter kennt die neuen Verhältnisse ebenso wenig, wie der Wohnsitzrichter des Beklagten. Man kann daher die Zuständigkeit des Scheidungsrichters nicht damit begründen, er kenne die Verhältnisse der Parteien besser als ein anderer Richter. Besonders in Städten würde die Inanspruchnahme des Scheidungsrichters noch lange nicht dafür Gewähr leisten, dass noch die gleichen Richter im Amte sind wie zur Zeit der Scheidung.

Auch soll man an alle Unzukömmlichkeiten denken, die entstehen würden, wenn der frühere Scheidungsrichter zuständig wäre, und die Parteien den Wohnsitz gewechselt hätten.

Das Bundesgericht nimmt auch mit Recht an, das Abänderungsverfahren nach Art. 157 ZGB sei ein selbständiges Verfahren. Es besteht nur noch ein sachlicher Zusammenhang mit der Scheidung, insofern als ohne Scheidung keine Kinderzuteilung und somit auch keine nachträgliche Abänderung bestanden hätte; prozessual ist aber gar kein Zusammenhang mehr vorhanden. Im Scheidungsurteil bildete die Regelung der Kinderrechte nur eine Nebenfolge des Hauptgegenstandes; im Abänderungsverfahren wird die Neuregelung der Kinderrechte zum Hauptgegenstand. Es bedeutet keine Wiederaufnahme des Scheidungsprozesses.

---

[12]) Vgl. Egger, Komm. zu Art. 157, N. 12; SJZ 9, S. 244; 17, S. 75; ZBJV 52, S. 120.

[13]) Vgl. BGE 46, II, 334 und Stauffer, S. 52.

Der gemäss Art. 144 ZGB zuständige Gerichtsstand für die Scheidung ist nur ein Ausnahmegerichtsstand. Das Abänderungsverfahren hat aber keine prozessrechtliche Analogie mit dem Scheidungsverfahren. Art. 144 ZGB ist im Interesse des Scheidungsklägers aufgestellt worden, Art. 157 ZGB stellt in den Vordergrund das Interesse des Kindes. Es liegt überhaupt kein Grund vor, den Kläger nach Art. 144 ZGB zu begünstigen. Es kann nur der gewöhnliche Gerichtsstand des Beklagten in Betracht kommen.[14])

§ 20. Die Abänderung des Unterhaltsbeitrages und der Kinderrechte

I. Die Abänderung der Leistungen der Art. 151 und 152.

a) Die Entschädigung und die Genugtuung sind in ihrem Quantitativ unveränderlich, wie wir oben gesehen haben.[15]) Dieser Grundsatz findet darin eine Einschränkung, dass Art. 153, Abs. 1, ZGB für sie eine Aufhebung vorsieht, falls sie in Rentenform vereinbart wurden und falls die berechtigte Partei sich wiederverheiratet. Es trifft aber selten zu, dass diese Leistungen in Rentenform ausgesetzt werden; der Richter wird eine Vereinbarung über eine Rente nur dann genehmigen, wenn sich eine andere Lösung als unmöglich zeigt. Es kann nur die Wiederverheiratung des Berechtigten die Rente untergehen lassen, oder dessen Tod, sie kann keinesfalls auf Begehren der berechtigten Partei herabgesetzt werden.[16]) Andere Abredungen über die Beendigung der Rentenleistungen können die Parteien nur unter Vorbehalt der richterlichen Genehmigung treffen.[17])

b) Die Abänderung des Unterhaltsbeitrages. Der gewöhnlich in Rentenform zugesprochene Unterhalt eines bedürftigen geschiedenen Ehegatten kann gemäss Art. 153, Abs. 2, ZGB auf Verlangen des pflichtigen Ehegatten aufgehoben oder herabgesetzt werden, wenn die Bedürftigkeit nicht mehr besteht oder in erheblichem Masse abgenommen hat, sowie wenn die Vermögens-

[14]) Gegenteiliger Ansicht ist Stauffer, vgl. S. 52 f.
[15]) S. § 18 oben.
[16]) Vgl. SJZ 11, S. 295.
[17]) Vgl. Egger, Komm. zu Art. 153 ZGB, N. 4.

verhältnisse des Pflichtigen der Höhe der Rente nicht mehr entsprechen. Wie schon oben bemerkt, kann die Abänderung der Unterhaltsrente nicht durch Vereinbarung ausgeschlossen werden,[18]) denn, wie sich M. Bänninger ausdrückt,[19]) „hat die Unterhaltsverpflichtung eingreifende Wirkungen auf das Persönlichkeitsrecht des Pflichtigen, wie anderseits der Unterhaltsanspruch für die Persönlichkeit des Berechtigten von grosser Bedeutung ist, so dass die Verzichtbarkeit auf Grund von Art. 27 ZGB wohl abgelehnt werden muss." Die Verzichtbarkeit könnte leicht zu unbilligen Folgen führen.

Art. 153, Abs. 2 ZGB spricht nur von der Aufhebung oder Herabsetzung der Unterhaltsrente. Es ist keine Vorschrift aus dem ZGB zu entnehmen, wonach eine Erhöhung möglich wäre. Dies kann keinenfalls einem Versehen des Gesetzgebers zugeschrieben werden. Der Richter kann Art. 153, Abs. 2, ZGB im Sinne einer Erhöhung der Unterhaltsrente nicht korrigieren. In Art. 157 ZGB, sowie in Art. 319 f. ZGB spricht der Gesetzgeber weder von einer Aufhebung, noch von einer Herabsetzung der Unterhaltsbeiträge, sondern von der Neuordnung, worunter sowohl eine Herabsetzung als eine Erhöhung zu verstehen ist. Beim Unterhaltsbeitrag des bedürftigen Ehegatten dagegen unterscheidet das Gesetz ausdrücklich zwischen Aufhebung und Herabsetzung, nicht aber Erhöhung. Die Verschiedenheit der Regelung lässt sich wohl daraus erklären, dass in den erst erwähnten Fällen das Rechtsverhältnis, aus dem die Unterhaltsbeitragspflicht fliesst (das Kinderverhältnis), weiterbesteht, im letzten Falle dagegen durch die Scheidung zu bestehen aufgehört hat.[20])

Es erhebt sich in diesem Zusammenhang die Frage, ob dem Herabsetzungsbeschluss Rückwirkung zukomme oder nicht. Weder im ZGB noch in der Zivilprozessordnung wird etwas darüber bestimmt; die Frage der Rückwirkung liegt daher im richterlichen Ermessen, allfällig in der Disposition der Parteien, falls sie etwas darüber beschliessen; ein solcher Beschluss unterliegt aber der richterlichen Genehmigung. Eine echte Rückwir-

[18]) S. § 18.

[19]) Vgl. S. 124.

[20]) Vgl. BGE 51, II, 16 und SJZ 38, S. 282. Gegenteiliger Ansicht ist M. Bänninger, vgl. S. 123.

kung, d. h. eine solche auf den Zeitpunkt der massgebenden Veränderung der Verhältnisse, erscheint nicht wünschbar; es ist nicht nur der entscheidende Zeitpunkt oft schwierig zu ermitteln, sondern es wäre unbillig, wenn der Bedürftige, der sich bis zum Erlass des Abänderungsurteils auf die im Scheidungsurteil festgesetzten Beiträge verlassen konnte, sie zurückerstatten sollte und somit schwerwiegende Nachteile zu tragen hätte. Die Rückwirkung kann höchstens auf den Zeitpunkt der Klageanhebung zurückgehen; von diesem Zeitpunkte an kann die berechtigte Partei ihre Lebenshaltung einer allfälligen Herabsetzung anpassen. Die Rückwirkung auf den Zeitpunkt der Klageanhebung führt wohl am ehesten zu einem billigen Ausgleich der Interessen beider Parteien.[21])

II. Die Abänderung der Kinderrechte. Art. 157 ZGB bestimmt: „Verändern sich die Verhältnisse, infolge von Heirat, Wegzug, Tod eines der Eltern, oder aus anderen Gründen, so hat der Richter auf Begehren der Vormundschaftbehörde oder von Vater oder Mutter die erforderlichen Anordnungen zu treffen." Unter „anderen Gründen" sind vor allem die in Art. 285 ZGB vorgesehenen Voraussetzungen zur Entziehung der elterlichen Gewalt zu verstehen, dazu aber auch weniger schwerwiegende Gründe, wie z. B. die mangelhafte körperliche oder geistige Gesundheit des Kindes. Es können die Kinderzuteilung (dies sollte im Interesse der Kinder nur bei wichtigen Gründen der Fall sein) der Unterhaltsbeitrag — der sowohl herabgesetzt, aufgehoben oder erhöht werden kann — und das Besuchsrecht neu geregelt werden.[22]) Die Neuregelung kann nur der Richter treffen; liegt eine Vereinbarung vor, so wird sie erst durch richterliche Genehmigung rechtsgültig.

§ 21. Die Anfechtung der Scheidungskonvention

Ein Scheidungsurteil kann regelmässig nur mittelst der Berufung angefochten werden.[23]) Wird nur derjenige Teil des Dispositives angefochten, der die Nebenfolgen der Scheidung regelt,

[21]) Vgl. SJZ 26, S. 28.

[22]) Zum näheren über die Frage der Abänderung der Kinderrechte, vgl. die Diss. von D. Michel.

[23]) Vgl. BGE 48, II, 303; 49, II, 149; SJZ 20, S. 15.

so tritt die Suspensivwirkung auch nur gegenüber diesem Teile ein.[24]) Sind die Voraussetzungen zur Einreichung der Appellation erfüllt,[25]) und wurde die Appellationsfrist[26]) eingehalten, so können alle Nebenfolgen der Scheidung prozessual angefochten werden.

Es erhebt sich nun aber die Frage, ob ein Unterschied zwischen Urteilen, in denen der Richter die Nebenfolgen selber regelt, und solchen, in denen er eine Parteivereinbarung genehmigte, zu machen sei, ein Unterschied in dem Sinn, dass die Parteivereinbarung, als Privatrechtsgeschäft der Ehegatten, auch aus privatrechtlichen Gründen anfechtbar sei oder nur der prozessualen Anfechtung unterliege. Ein solcher Unterschied erscheint auf den ersten Blick als unbillig: warum sollte denjenigen Ehegatten, welche die Nebenfolgen der Scheidung vertragsmässig regelten, ein höherer Schutz gewährt werden als denjenigen, welche die Regelung dem Scheidungsrichter überliessen? Denn es bedeutet die prozessuale Anfechtung gewiss eine erhebliche Beschränkung, indem die prozessualen Anfechtungsgründe gegenüber Urteilen enger sind und innert kürzerer Fristen geltend gemacht werden müssen als die privatrechtlichen gegenüber Verträgen.[27]) Diese Unbilligkeit ist aber nur eine scheinbare. Wie oben des näheren ausgeführt wurde, genügen die richterliche Prüfung und die Aufnahme der Konvention ins Urteilsdispositiv nicht, um ihr ihren privatrechtlichen Charakter zu entziehen.[28]) Und die richterliche Prüfung bietet eine geringere Gewähr als die Regelung durch den Richter selbst; es geschieht ja nicht selten, dass der Richter die ihm vorgelegte Konvention, besonders wenn sie nur die Interessen der Ehegatten betrifft, nicht ausführlich prüft und seine Genehmigung ohne weiteres gibt. Aber auch wenn er die Konvention pflichtgemäss untersucht, kann es vorkommen, dass er die der Vereinbarung zugrunde liegenden Verhältnisse nicht erkennen kann.

---

[24]) Vgl. Matti, § 49, II; gegenteiliger Ansicht: Zumbühl, S. 57.

[25]) Für die Appellation im bern. Prozess, vgl. Art. 335, bern. ZPO, für die Berufung ans Bundesgericht, vgl. 56 bis 64 OG.

[26]) Vgl. Art. 338, bern. ZPO und Art. 65 OG.

[27]) Vgl. BGE 60, II, 80.

[28]) S. § 2 oben.

Uebrigens soll die Scheidungskonvention dem Richter eine Hilfe sein, weswegen man nicht verlangen kann, dass er beim Vorliegen einer solchen die Verhältnisse der Parteien so genau untersucht, wie wenn er die Regelung selbst zu treffen hätte.

Der bernische Appellationshof drückt dies im schon erwähnten Urteil vom 13. Juli 1922 treffend aus:[29]) Nachdem er auf den verschiedenen Ursprung der einzelnen Urteilsbestimmungen bei einem Scheidungsurteil mit richterlich genehmigten Konventionen hingewiesen hat,[30]) fährt er weiter: „Dieser verschiedene Ursprung kann vernünftigerweise nicht ohne Einfluss auf die Rechtsbeständigkeit der einzelnen Urteilsbestimmungen bleiben, sofern man dabei nicht bloss auf das Kriterium ihrer äusseren Verbindung zu einem einzigen Urteilsdispositiv abstellt, sondern auf den rechtspolitischen Zweck und die innere Berechtigung der Rechtskraftwirkung eines richterlichen Urteiles zurückgeht. Die Rechtskraft und die Unanfechtbarkeit eines Richterspruches gründen sich auf seine Eigenschaft als Akt der Staatsgewalt und sind notwendig zur Erreichung des rechtspolitischen Zweckes der Herstellung eines dauernden Rechtsfriedens unter den Parteien. Innerlich mit Beziehung auf den Rechtsschutzzweck ist die Unanfechtbarkeit insofern gerechtfertigt, als durch eine zweckmässige Gestaltung des vorausgehenden Verfahrens und durch die Tätigkeit eines über den Parteien stehenden Zweckes der Erforschung der wirklichen Rechtslage über die staatlichen Machtmittel verfügenden Organs die Gefahr eines Fehlspruches möglichst auf ein unvermeidbares Minimum reduziert wird. Daraus folgt aber auch, dass in dem Masse und Umfange, wie bei der Neuordnung des streitigen Rechtsverhältnisses ein anderer als der unter den genannten Bedingungen sich auswirkende richterliche Wille rechtsgestaltend mitwirkt, die Basis für die Ausstattung eines solchen Streitbeseitigungsaktes mit voller urteilsmässiger Rechtskraft trotz eventueller urteilsmässiger Formulierung entfällt, da er eben nicht mehr bloss Begriffsmerkmale des Urteiles aufweist, sondern sich demjenigen des (gerichtlichen) Vergleiches annähert, welcher aus privatrechtlichen Gründen anfechtbar ist. Die Scheidungskon-

[29]) Vgl. SJZ 20, S. 15.

[30]) S. § 2 oben.

vention unterscheidet sich nun allerdings vom Prozessvergleich in bedeutsamen Momenten — stärkere richterliche Mitwirkung, Aufnahme in Urteilsdispositiv —, womit aber die Frage der Anfechtbarkeit aus privatrechtlichen Gründen noch nicht entschieden sein soll. Es ist nicht zu übersehen, dass mit Beziehung auf den obersten Zweck des Prozessverfahrens, dem im Konfliktsfalle alle anderen weichen müssen, nämlich der Schutz des wirklichen Rechtes, einige der schwerwiegendsten, gegen die volle urteilsmässige Rechtsständigkeit des Prozessvergleiches geltend zu machenden Bedenken auch für die Scheidungskonvention zutreffen. Auch bei ihr wirkt nicht der auf Erforschung und Sicherung des objektiven Wahrheitsrechtes hinzielenden Richterwille primär, sondern der Parteiwille. Auch der Konventionsinhalt stellt sich nicht als die notwendige Konsequenz der möglichst abgeklärten wirklichen Rechtslage dar, sondern lediglich häufig als Koinzidenzpunkt heterogener, mit dem eigentlichen Streitverhältnis nur in loser Beziehung stehender Wahrscheinlichkeitsberechnungen und Interessenabwägungen der Parteien. Dabei können natürliche Willensmängel ebensogut eintreten, wie bei anderen Abmachungen, ohne dass deren Folgen bei der Genehmigung behoben werden könnten, da der Richter ja nur die Konvention, so wie sie vorgelegt wird, auf ihre Gesetzesmässigkeit und Angemessenheit zu überprüfen hat. Bei absoluter Ausschliessung der privatrechtlichen Anfechtbarkeit wäre demnach in den vielleicht nicht häufigen, aber denkbaren Fällen, wo sich der Benachteiligte auf keinem anderen Wege von den Folgen des Willensmangels zu befreien vermöchte, die Gefahr nicht ausgeschlossen, dass der Staat einer vom Privatrecht sonst als unwirksam behandelten Neuordnung der streitigen Beziehungen seinen Vollstreckungsschutz gewähren müsste."

Auf Grund dieser gründlichen Untersuchung der Frage darf man behaupten, dass eine Scheidungskonvention entgegen der Ansicht des Bundesgerichtes, welches die Anfechtung einer Scheidungskonvention aus privatrechtlichen Gründen ablehnt,[31]) ihrer privatrechtlichen Natur wegen aus den allgemeinen Ungültigkeitsgründen beim Vertragsabschluss (Art. 23 bis 31 OR) durchaus rechtsmässig und gültig angefochten werden kann.

[31]) Vgl. BGE 60, II, 80.

Anhang

Die Vollstreckung der Scheidungskonvention

Die Aufnahme der Scheidungskonvention ins Urteilsdispositiv macht aus ihr einen Bestandteil desselben. Das Scheidungsurteil, soweit es sich auf seinen Hauptgegenstand — die Scheidung — bezieht, ist ein Gestaltungsurteil, bleibt also einer zwangsweisen staatlichen Durchsetzung unzugänglich. Auch die Gestaltung der Elternrechte bildet, wie der Name sagt, ein Gestaltungsurteil. Insoweit sich aber das Scheidungsurteil auf die finanziellen Leistungen unter den Ehegatten, auf die güterrechtliche Auseinandersetzung und auf den Unterhaltsbeitrag für die Kinder bezieht, handelt es sich um ein Leistungsurteil, welches nach den Bestimmungen des Schuldbetreibungs- und Konkursrechtes vollstreckbar ist, ohne Rücksicht darauf, ob das Urteil auf Parteivereinbarung oder richterlichen Abspruch beruht; es kommen die Art. 80 [1]) und 81 [2]) SchKG zur Anwendung (es kann also die definitive Rechtsöffnung verlangt werden), und nicht etwa Art. 82 SchKG, der nur die provisorische Rechtsöffnung gewährt. [3])

Wie ist nun aber vorzugehen, wenn die Eltern sich an die richterliche oder vereinbarte und genehmigte Regelung der Kinderzuteilung nicht halten? Das Urteil über die Zuteilung der Kinder enthält insofern eine Leistungspflicht — die Pflicht, die Kinder an den vom Urteil bestimmten Gewaltinhaber sofort herauszugeben, — als diese sich nicht schon vor dem Urteile bei ihm befanden. Die Vollstreckung bei einer Verurteilung zu einem

[1]) Vgl. Jaeger, Komm. zu Art. 80, SchKG.

[2]) Vgl. BGE 41, I, 122; 55, II, 161; SJZ 16, S. 109; 18, S. 293.

[3]) Vgl. Jaeger, SchKG, Praxis, 3. Bd., S. 27. Gegenteiliger Ansicht: SJZ 21, S. 337.

Tun untersteht den kantonalen Zivilprozessordnungen. Nach bernischer ZPO soll sie dadurch erreicht werden (vgl. Art. 404 ZPO), dass entweder beim Richter die Vornahme der Handlung durch einen Dritten (sofern dies möglich ist) nebst Schadenersatz oder Schadenersatz allein zu beantragen ist. In unserem Falle soll also die Herausgabe der Kinder mit Hilfe einer Drittperson erlangt werden, welche gemäss Art. 404, Abs. 2, ZPO der Richter zu bestimmen hat und welche nötigenfalls die Polizei sein kann. Nach Art. 404, Abs. 4, ZPO kann sogar die böswillige Nichtvornahme der auferlegten Handlung auf Antrag der Gegenpartei als Widersetzlichkeit gemäss Art. 76 StGB bestraft werden.